DER ENTSCHEIDUNGSAUSSPRUCH BEI DER ABSTRAKTEN RECHTSKONTROLLE DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Ein Beitrag zur Abgrenzung
zwischen Kassation und bloßer Feststellung
der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes

Werner Knauss

1964

7948

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547607_0015

DER ENTSCHEIDUNGSAUSSPRUCH BEI DER ABSTRAKTEN RECHTSKONTROLLE DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Ein Beitrag zur Abgrenzung
zwischen Kassation und bloßer Feststellung
der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Werner Knauss

aus Reutlingen

1964

Dissertations-Druckerei Charlotte Schön, München 23, Belgradstr. 11, Tel. 361402

Dekan:	Professor Dr. Horst Schröder
1. Berichterstatter:	Professor Dr. Otto Bachof
2. Berichterstatter:	Professor Dr. Günter Dürig

Tag der mündlichen Prüfung: 26. 2. 1964

MEINEN ELTERN

INHALTSVERZEICHNIS

		Seite
Literaturverzeichnis		VII
Einleitung		1
1. Abschnitt:	Abgrenzung: Der Begriff der abstrakten Rechtskontrolle	3
2. Abschnitt:	Die kassatorische Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts	11
Einleitung		11
1. Kapitel:	Welche Entscheidungen läßt das Bundesverfassungsgerichtsgesetz zu?	11
2. Kapitel:	Inhalt und Wirkung der kassatorischen Entscheidungen	13
3. Kapitel:	Die positiv gestaltende Kraft der Kassation	19
3. Abschnitt:	Anwendungsbereich und möglicher Inhalt nichtkassatorischer Entscheidungen	22
1. Kapitel:	Wann kann ein verfassungswidriger Zustand nicht durch Kassation behoben werden?	22
2. Kapitel:	Welche nicht-kassatorischen Entscheidungen sind bei der abstrakten Rechtskontrolle denkbar?	24
4. Abschnitt:	Ist bei der abstrakten Rechtskontrolle die Feststellung eines verfassungswidrigen Unterlassens des Gesetzgebers zulässig?	29
1. Kapitel:	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	29
2. Kapitel:	Die Auffassung Langes	34
3. Kapitel:	Die Auffassung Seiwerths	35
4. Kapitel:	Die Problematik der Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers	39
5. Kapitel:	Fortsetzung: Insbesondere der materielle Unterlassungsbegriff	42
5. Abschnitt:	Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes	54
1. Kapitel:	Grundlegung	54
2. Kapitel:	Grundsätzliches über die Auslegung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes	55
3. Kapitel:	Ist eine reine Feststellungsentscheidung mit der Zielsetzung der einzelnen Verfahrensarten vereinbar?	57

Seite

4. Kapitel: Bleibt neben der Kassation noch Raum für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes? 62

A. Wann besteht keine Konkurrenz zwischen Kassation und reiner Feststellungsentscheidung? 63

B. Die Fälle der scheinbaren Konkurrenz 63

C. Die Fälle der echten Konkurrenz 64

D. Ergebnis 78

5. Kapitel: Die Lösung 79

Schlußwort 88

LITERATURVERZEICHNIS

Adamovich, Ludwig	Handbuch des Österreichischen Verfassungsrechts, 5. Aufl., bearb. und ergänzt von Hans Spanner. Wien 1957.
Anschütz, Gerhard	Lücken in den Verfassungs- und Verwaltungsgesetzen. Verwaltungsarchiv 14 (1906), S. 315 ff.
ders.	Die Verfassung des Deutschen Reichs (Kommentar), 14. Aufl. Berlin 1933.
Apelt, Willibalt	Geschichte der Weimarer Verfassung. München 1946.
Arndt, Adolf	Welche Folge hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes für einen darauf gestützten Verwaltungsakt? NJW 1959, 2145 ff.
ders.	Das nichterfüllte Grundgesetz. Tübingen 1960.
ders.	Die Bindungswirkung des Grundgesetzes. BB 1960, 993 ff.
ders.	Staatshaftung für gesetzliches Unrecht. BB 1960, 1351 f.
Azzariti, Gaetano	Die Stellung des Verfassungsgerichtshofs in der italienischen Staatsordnung. JÖR 8, 13 ff.
Bachof, Otto	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung. Tübingen 1951.
ders.	Verfassungswidrige Verfassungsnormen? (Recht und Staat, Heft 163/164). Tübingen 1951.
ders.	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. VVdStRL 12 (1954), 37 ff.
ders. und Jesch, Dietrich	Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgericht in der Bundesrepublik Deutschland. JÖR 6, 47 ff.
ders.	Freiheit des Berufs, in: Die Grundrechte, Band 3, 1. Halbband, S. 155 ff.. Hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1958.

Bachof, Otto	Grundgesetz und Richtermacht. Tübingen 1959 (mit Veränderungen auch abgedr. in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S. 26 ff.).
ders.	Bemerkungen zur "verfassungswidrigen Verfassungsnorm". DÖV 1961, 927 f.
ders.	Nachwort (zu Bettermanns Abhandlung in AÖR 86, 129 ff.). AÖR 86 (1961), 186 ff.
ders.	Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht und Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Tübingen 1963.
Beitzke, Günther	Gleichheit von Mann und Frau, in: Die Grundrechte, Band 2, S. 199 ff. Hrsg. von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1954.
ders.	Die elterliche Gewalt nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Juristische Rundschau 1959, 401 ff.
Bettermann, Karl August	Wesen und Gegenstand der verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsklage. DVBl 1953, 163 ff.
ders.	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, Band 3, 2. Halbband, S. 523 ff. Hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1959.
ders.	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Band 3, 2. Halbband, S. 779 ff. Hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1959.
ders.	Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt. AÖR 86 (1961), 129 ff.
Böckenförde, Werner	Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters. Berlin 1957.
Bogs, Walter	Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts bei verfassungskonformer Auslegung von Gesetzen? Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 33 ff.

Bonner Kommentar =	Kommentar zum Bonner Grundgesetz. Bearb. von Abraham, Bühler, Dennewitz, Herrfahrdt, Holtkotten, Kern, Laun, Meder, Meißner, Menzelt, Schneider, Scupin, Wernicke. 2 Bände. Hamburg 1950/54.
Bosch, Friedrich Wilhelm	Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959. FamRZ 1959, 406 ff. und 430 ff.
Castberg, Frede	Die Zuständigkeit der Gerichte in USA und Norwegen zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Karlsruhe 1960.
Dagtoglou, Prodromos	Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht? (Recht und Staat, Heft 265/266). Tübingen 1963.
Deisenhofer, August	Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29. 7. 1959, in EJF (Entscheidungen aus dem Jugend- und Familienrecht, hrsg. vom Vorstand der Arbeitsgemeinschaft für Jugendpflege und Jugendfürsorge e. V., Bonn, in Verbindung mit dem Deutschen Jugendarchiv München e. V.. München-Düsseldorf, ab 1951) A I f, S. 42 ff.
Draht, Martin	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. VVdStRL 9 (1952), 17 ff.
ders.	Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit in der Sowjetisch besetzten Zone. 2. Aufl. Bonn 1954.
Dreher, Eduard	Glanz und Elend der Staatsgerichtsbarkeit. NJW 1951, 377 ff.
Dürig, Günter	Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. JZ 1953, 193 ff.
ders.	Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. AÖR 81 (1956), 117 ff.
ders.	Die Gleichheit als Verfassungsrechtssatz, in: Staatslexikon, 6. Aufl. (hrsg. von der Görres-Gesellschaft), Stichwort Gleichheit. Freiburg 1959.
Ehmke, Horst	Prinzipien der Verfassungsinterpretation. VVdStRL 20 (1963), 53 ff.
Eichenberger, Karl	Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem. Bern 1960.

Eisenmann, Hellmut	Die richterliche Nachprüfung von Rechtssetzungsakten nach dem Bonner Grundgesetz. Diss. (mschr.) Tübingen 1951.
Engelhardt, Dieter	Das richterliche Prüfungsrecht im modernen Verfassungsstaat. JÖR 8, 101 ff.
Engisch, Karl	Der rechtsfreie Raum. Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft. Band 108 (1952), S. 385 ff.
Engler, Helmut	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten, in: Das Bundesverfassungsgericht, S. 87 ff.. Karlsruhe 1963.
Ermacora, Felix	Die Verfassungsbeschwerde und die Beschwerde nach Art. 144 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes. NJW 1952, 211 ff.
ders.	Der Verfassungsgerichtshof. Graz-Wien-Köln 1956.
ders.	Verfassungsrecht durch Richterspruch (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 44). Karlsruhe 1960.
Ernst, Eberhard	Zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit. Zur Frage, ob § 79 BVerfGG einer Änderung bedarf. Steuer und Wirtschaft 1963, 2 ff.
Eyermann, Erich und Fröhler, Ludwig	Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar). 3. Aufl. München-Berlin 1962.
Federer, Julius	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. JÖR 3, 15 ff.
ders.	Aufbau, Zuständigkeit und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, S. 39 ff. Karlsruhe 1963.
Figge	Der neueste Stand der Lehre von der inzidenten Normenkontrolle. MDR 1953, 391 ff.
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band. 8. Aufl. München-Berlin 1961.
ders.	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VVdStRL 12 (1954), 8 ff.
ders.	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.

Friesenhahn, Ernst	Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, S. 523 ff. Tübingen 1930/32.
ders.	Über Begriff und Arten der Rechtsprechung. Festschrift für Richard Thoma, Tübingen 1950, S. 21 ff.
ders.	Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N.F. Band 73 (1954), S. 129 ff.
ders.	Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. von Hermann Mosler, Band 36), Köln-Berlin 1962, S. 89 ff.
Fuß, Ernst-Werner	Gleichheitssatz und Richtermacht. JZ 1959, 329 ff.
ders.	Normenkontrolle und Gleichheitssatz. JZ 1962, 565 ff., 595 ff. und 737 ff.
Geiger, Willi	Die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit in ihrem Verhältnis zur Landesverfassungsgerichtsbarkeit und ihre Einwirkung auf die Verfassungsordnung der Länder, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, München 1952, S. 251 ff.
ders.	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, Kommentar. Berlin-Frankfurt 1952.
ders.	Die Verfassungsbeschwerde nach dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12.3.1951. Bundesanzeiger 1952, Nr. 30, S. 6 ff.
ders.	Einige Probleme der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit. DÖV 1952, 481 ff.
ders.	Der Gleichheitssatz und der Gesetzgeber, in: Staats- und verwaltungswissenschaftliche Beiträge, hrsg. von der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Stuttgart 1957, S. 167 ff.
ders.	Grundrechte und Rechtsprechung. München 1959.

Giacometti, Zaccaria	Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizerischen Bundesgerichts. Zürich 1933.
Götz, Heinrich	Die Zuständigkeit für Entscheidungen über schicksalsbestimmende Fragen in der Bundesrepublik. NJW 1958, 1020 ff.
ders.	Rückwirkung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zum Alleinvertretungsrecht des Vaters? NJW 1959, 1809 ff. und NJW 1960, 1334 ff.
ders.	Der Wirkungsgrad verfassungswidriger Gesetze. NJW 1960, 1177 f.
Gumpert, Jobst	Mögliche Auswirkungen einer Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Sozialversicherungsfreiheit von Ehegattenbeschäftigungen. BB 1962, 1005 ff.
de Haan, Wolfgang	Politische Fragen vor dem Bundesverfassungsgericht. Diss. (mschr.) Kiel 1953.
Haegele	Anmerkung zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959. Der Deutsche Rechtspfleger 1959, 267 ff.
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz - ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. 2. Aufl. Neuwied-Berlin 1961.
ders.	Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung. NJW 1955, 969 ff.
Hamel, Walter	Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Berlin 1957.
Hartz	Bundesverfassungsgericht und Steuerrecht. Der Betrieb 1961, 752 ff.
Henke, Wilhelm	Die Parteien im Staat des Bonner Grundgesetzes. DÖV 1958, 646 ff.
Hennig, Walter	Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen und Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts. Die Sozialgerichtsbarkeit 1961, 353 ff.
Henrichs, Wilhelm	Über die Rechtsfolgen fehlerhafter Wahlgesetze. NJW 1960, 1746 ff.
Herrfahrdt, Heinrich	Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes. VVdStRL 8 (1950), S. 126 ff.

Hesse, Konrad	Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht. AÖR 77 (1951/52), S. 167 ff.
Heußner,	Über die Auswirkungen des Gleichberechtigungsurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959. FamRZ 1960, 6 ff.
v. Hippel, Ernst	Das richterliche Prüfungsrecht, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, S. 546 ff. Tübingen 1930/32.
ders.	Die dritte Gewalt, in: Rheinischer Merkur, Wochenzeitung für Politik, Kultur und Wirtschaft, Jahrgang 1953, Nr. 37 vom 11.9.1953, S. 3.
ders.	Mechanisches und moralisches Rechtsdenken. Meisenheim 1959.
Hoegen	Zur Frage der Auswirkungen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts betr. die Friedensgerichte in Nordbaden und Nordwürttemberg, in: Die Justiz (Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg) 1960, 28 ff.
Hoffmann, Gerhard	Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz. JZ 1961, 193 ff.
Huber, Ernst Rudolf	Bedeutungswandel der Grundrechte. AÖR 23 (1933), 1 ff.
Huber, Hans	Die Verfassungsbeschwerde. Vergleichende und kritische Betrachtungen (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 9). Karlsruhe 1954.
Imboden, Max	Montesquieu und die Lehre von der Gewaltentrennung. Berlin 1959.
ders.	Die Staatsformen. Basel-Stuttgart 1959.
Ipsen, Hans Peter	Politik und Justiz. Das Problem der justizlosen Hoheitsakte. Hamburg 1937.
ders.	Die Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, in: Beiträge zum Öffentlichen Recht, hrsg. von Ernst Wolff (Sonderveröffentlichung der Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht), Berlin-Tübingen 1950, S. 19 ff.

Ipsen, Hans Peter	Anmerkung zum Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 19.12.1951 - 1 BvR 220/51. DÖV 1952, 217 f.
ders.	Gleichheit, in: Die Grundrechte, Band 2, S. 111 ff. Hrsg. von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1954.
Jahrreiss, Hermann	Die staatsbürgerliche Gleichheit, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, S. 624 ff. Tübingen 1930/1932.
ders.	Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, in: Recht-Staat-Wirtschaft, hrsg. von Hermann Wandersleb, Band 2, Stuttgart-Köln 1950, S. 203 ff.
ders.	Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsgericht, in: Recht-Staat-Wirtschaft, hrsg. von Hermann Wandersleb, Band 4, Düsseldorf 1953, S. 203 ff.
Jellinek, Georg	Verfassungsänderung und Verfassungswandlung. Berlin 1906.
ders.	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. Berlin 1914.
Jellinek, Walter	Der fehlerhafte Staatsakt und seine Wirkungen. Tübingen 1908.
ders.	Grenzen der Verfassungsgesetzgebung. Berlin 1931.
Jerusalem, Franz W.	Die Staatsgerichtsbarkeit. Tübingen 1930.
Jesch, Dietrich	Zur Bindung an Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts über Verfassungsbeschwerden. JZ 1954, 528 ff.
Kadenbach, Ernst	Zur bindenden Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. AÖR 80 (1955/56), 385 ff.
Kägi, Werner	Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates. Zürich 1945.
Kaufmann, Arthur	Gesetz und Recht, in: Existenz und Ordnung, Festschrift für Erik Wolf, Frankfurt 1962, S. 357 ff.
Kaufmann, Erich	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. VVdStRL 9 (1952), 1 ff.

Kaufmann, Erich	Normenkontrollverfahren und völkerrechtliche Verträge, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz, Band 6), München 1955, S. 445 ff.
Kelsen, Hans	Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925.
ders.	Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. VVdStRL 5 (1929), 30 ff.
ders.	Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Berlin-Grunewald 1931.
ders.	Reine Rechtslehre, 2. Aufl. Wien 1960.
Kipp, Heinrich	Die Rechtsfolgen verfassungswidriger Gesetze, in: Gegenwartsprobleme des Rechts, Band 1 (Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft, Veröffentlichungen der Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft, N.F. Heft 1), Paderborn 1950, S. 85 ff.
Klein, Friedrich	Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. 4 des Bonner Grundgesetzes. VVdStRL 8 (1950), 67 ff.
Klinger, Hans	Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar). Göttingen 1960.
Koehler, Alexander	Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar), Berlin-Frankfurt 1960.
Krauss, Günther	Die Gewaltengliederung bei Montesquieu, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 103 ff.
Krüger, Hildegard; Breetzke, Ernst und Nowack, Kuno	Gleichberechtigungsgesetz (Kommentar). München-Berlin 1958.
Krüger, Hildegard	Uneheliche Kinder, in: Die Grundrechte, Band 4, 1. Halbband, S. 325 ff. Hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1960.
Küchenhoff, Günther	Gleichheit und Ungleichheit in Verfassungsrecht. Juristische Rundschau 1959, 281 ff.
Laband, Paul	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 4 Bände. Tübingen 1911-1914.

Lange, Hans-Richard	Die Frage der Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze. NJW 1962, 417 ff.
Langner, Albrecht	Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik. Bonn 1959.
Lechner, Hans	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar). München-Berlin 1954, mit Ergänzungsband 1957.
ders.	Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers. NJW 1955, 1817 ff.
ders. und Hülshoff, Klaus	Parlament und Regierung, 2. Aufl. München-Berlin 1958.
Leibholz, Gerhard	Der Status des Bundesverfassungsgerichts. Einleitung. JÖR 6, 110 ff.
ders.	Strukturprobleme der modernen Demokratie. Karlsruhe 1958.
ders.	Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht des Gesetzgebers, in: Universitas, Zeitschrift für Wissenschaft, Kunst und Literatur, 1959, Heft 5, S. 459 ff.
ders.	Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in: Das Bundesverfassungsgericht, S. 61 ff. Karlsruhe 1963.
Loewenstein, Karl	Die staatspolitische Entwicklung in den Vereinigten Staaten 1933 bis 1954. JÖR 4, 1 ff.
ders.	Konflikte zwischen Regierung und Justiz. AÖR 78 (1952/53), 260 ff.
ders.	Verfassungslehre. Tübingen 1959.
ders.	Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten. Berlin-Göttingen-Heidelberg 1959.
Lukas, Josef	Zur Lehre vom Willen des Gesetzgebers, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Tübingen 1908, Band I, S. 397 ff.
Maisch, E.	Hat die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes die Nichtigkeit der darauf gestützten Verwaltungsakte zur Folge? NJW 1959, 227 ff.
ders.	Nochmals: Zur Frage der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts. NJW 1959, 1475 ff.

v. Mangoldt, Hermann	Das Bonner Grundgesetz (Kommentar). Berlin-Frankfurt 1953. 2. Aufl. von Friedrich Klein. Lieferungen 1-4 (Art. 1-69 GG). Berlin-Frankfurt, ab 1957.
Marcic, René	Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Wien 1957.
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl. München-Berlin 1962.
ders. und Dürig, Günter	Grundgesetz, Kommentar. Lieferungen 1-6. München-Berlin 1963.
Melichar, Erwin	Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. von Hermann Mosler, Band 36), Köln-Berlin 1962, S. 439 ff.
Merk, Wilhelm	Verfassungsschutz. Stuttgart 1935.
Meyer, Georg und Anschütz, Gerhard	Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. München-Leipzig 1919.
Meyers, Franz	Über Politik und Staatsgerichtsbarkeit, in: Politische Bildung (Schriftenreihe der Hochschule für Politische Wissenschaften München), Band 4 (1952), S. 372 ff.
Michel, Helmut	Die verfassungskonforme Auslegung. JUS 1961, 274 ff.
Müller, Horst-Joachim	Verfassungswidrige Rechtsverordnungen im gerichtlichen Verfahren. DVBl 1962, 158 ff.
Nawiasky, Hans	Positives und überpositives Recht. JZ 1954, 717 ff.
Nipperdey, Hans Carl	Die Würde des Menschen, in: Die Grundrechte, Band 2, S. 1 ff. Hrsg. von Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1954.
Peperoni, Sigismund	Der Unterschied zwischen Gebot und Verbot. Diss. (mschr.) München 1957.
Pfeiffer, Gerd	Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis. Essen 1959.
Pinger, Winfried	Rechtswidrige Unterlassung des Gesetzgebers als Verstoß gegen Art. 2 des Grundgesetzes. Diss. (mschr.) Köln 1958.

Planitz, Hans — Zur Ideengeschichte der Grundrechte, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von Hans Carl Nipperdey, Band 3, S. 597 ff. Berlin 1929/30

Pohle, Rudolf — Bemerkungen über Verfassungsbeschwerde und Normenkontrolle nach Bundes- und nach Landesrecht aus Anlaß des hessischen Sozialisierungsstreits. Wiesbaden 1953.

Preussen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof. Stenogrammbericht der Verhandlungen vor dem Staatsgerichtshof in Leipzig vom 10.-14. und vom 17. Oktober 1932. Berlin 1933.

Radbruch, Gustav — Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Radbruch, Gustav. Rechtsphilosophie, 5. Aufl., Stuttgart 1956, S. 347 ff.

Die Rechtsstellung des Bundesverfassungsgerichts. Denkschriften, Stellungnahmen und Gutachten. Karlsruhe 1953.

Röhl, Hellmut — Was wird aus den Urteilen der Friedensgerichte? NJW 1960, 179 ff.

Roellecke, Gerd — Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit (Über immanente Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungsgerichts). Heidelberg 1961.

Roemer, Walter — Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. JZ 1951, 193 ff.

Sandulli, Aldo M. — Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. von Hermann Mosler, Band 36), Köln-Berlin 1962, S. 292 ff.

Schack, Friedrich — Die verfassungskonforme Auslegung. JUS 1961, 269 ff.

ders. — Richterliche Textkritik und Prüfung der formellen Verfassungswidrigkeit. Jahrbuch für Internationales Recht, Band 11 (1962), S. 383 ff.

Schäfer, Hans — Gesetzeskraft und bindende Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. NJW 1954, 1467 ff.

Schaefer, Rolf	Die Gesetzeskraft richterlicher Entscheidungen. Diss. (mschr.) Bonn 1955.
Scheffler, Erna	Ehe und Familie, in: Die Grundrechte, Band 4, 1. Halbband, S. 245 ff. Hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1960.
Scheuner, Ulrich	Probleme und Verantwortungen der Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik. DVBl 1952, 293 ff.
ders.	Das Bundesverfassungsgericht und die Bindungskraft seiner Entscheidungen. DÖV 1954, 641 ff.
ders.	Grundfragen des modernen Staats, in: Recht-Staat-Wirtschaft, hrsg. von Hermann Wandersleb, Band 3, Düsseldorf 1951, S. 126 ff.
ders.	Die Einwirkung der verfassungsgerichtlichen Feststellung der Nichtigkeit von Rechtsnormen auf vorgängige Hoheitsakte. BB 1960, 1253 ff.
Schmidt, Eberhard	Rechtssprüche und Machtsprüche der preußischen Könige des 18. Jahrhunderts. Berichte über die Verhandlungen der Sächsischen Akademie der Wissenschaften zu Leipzig, Philologisch-historische Klasse. 95. Band (1943), 3. Heft.
Schmitt, Carl	Verfassungslehre. München-Leipzig 1928.
ders.	Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin 1929, Band 1, S. 154 ff.
ders.	Der Hüter der Verfassung. Tübingen 1931.
ders.	Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, S. 572 ff. Tübingen 1930/32.
ders.	Der Begriff des Politischen. Hamburg 1936.
ders.	Rechtsstaatlicher Verfassungsvollzug, in: Carl Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1958, S. 452 ff.

Schneider, Peter	Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart. AÖR 82 (1957), 1 ff.
ders.	Prinzipien der Verfassungsinterpretation. VVdStRL 20 (1963), 1 ff.
Schnorr, Gerhard	Die Rechtsidee im Grundgesetz. AÖR 85 (1960), 121 ff.
Schoen, Xaver	Die Normprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof, in: Forschungen und Berichte aus dem öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V., Mainz, Band 6), München 1955, S. 407 ff.
Schumann, Ekkehard	Die Problematik der Urteils-Verfassungsbeschwerde bei gesetzgeberischem Unterlassen. AÖR 88 (1963), 331 ff.
Schwoerer, Julius	Vertretung des Kindes durch beide Eltern trotz des § 1629 Abs. 1 BGB n.F.? NJW 1958, 1956 f.
ders.	Was nun? Betrachtungen zum Gleichberechtigungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 29.7.1959. NJW 1959, 2089 ff.
ders.	Zur Frage der Wirksamkeit von Alleinvertretungsakten des Vaters aus der Zeit der Scheinherrschaft des § 1629 Abs. 1 BGB n.F. NJW 1960, 1419 ff.
Seiwerth, Jakob	Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen (Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 20). Berlin 1962.
Sellschopp, Hermann	Zur Gesetzeskraft der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts. DÖV 1954, 324 ff.
Sigloch, Heinrich	Vorläufige Geltung verfassungswidriger Gesetze? JZ 1958, 80 ff.
Smend, Rudolf	Verfassung und Verfassungsrecht. München-Leipzig 1928.
ders.	Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26.1.1962, in: Das Bundesverfassungsgericht, S. 23 ff. Karlsruhe 1963.

Sommer, Max	Die verfassungsgerichtliche Nachprüfung von Unterlassungen des Gesetzgebers. Diss. (mschr.) Würzburg 1959.
Spanner, Hans	Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Wien 1951.
ders.	Über die Verfassungsgerichtsbarkeit im Bonner Grundgesetz. Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht, N.F. Band 5 (1953), S. 312 ff.
ders.	Bundesverfassungsgericht und freies Ermessen. Bayerische Verwaltungsblätter 1958, S. 1 ff. und 38 ff.
Stier-Somlo, Fritz	Gleichheit vor dem Gesetz, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von Hans Carl Nipperdey, 1. Band, S. 158 ff. Berlin 1929.
Stolzmann, Hans Jochen	Zur geschichtlichen Entwicklung des Rechts der Verfassungsstreitigkeiten. AÖR 55 (1929), 355 ff.
Sturm, Fritz	Rechtsgeschäfte und verfassungswidriges Gesetz (Schriftenreihe der wissenschaftlichen Gesellschaft für Personenstandswesen und verwandte Gebiete, n.F. Band 3). Frankfurt-Berlin 1962.
Thoma, Richard	Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der Deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, hrsg. von Hans Carl Nipperdey, Band 1, S. 1 ff. Berlin 1929.
ders.	Grundbegriffe und Grundsätze, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, S. 108 ff. Tübingen 1930/32.
ders.	Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, Band 2, S. 607 ff. Tübingen 1930/32.
Thürk, Walter	Zu den Rechtsfolgen des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts über die Nichtigkeit des § 25 Abs. 2 S. 1 des saarländischen Kommunalwahlgesetzes. DVBl 1960, 795 ff.

Tiefenbacher, Erhard — Gesetz gegen Betriebs- und Belegschaftshandel vom Bundespräsidenten nicht ausgefertigt. BB 1961, 1177 f.

Triepel, Heinrich — Die Kompetenzen des Bundesstaats und die geschriebene Verfassung, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, Festgabe für Paul Laband, Band 2, S. 247 ff. Tübingen 1908.

ders. — Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern. Tübingen 1923 (Sonderabdruck aus der Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923).

ders. — Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. VVdStRL 5 (1929), 2 ff.

Ule, Carl Hermann — Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit. DVBl 1950, 748 f.

ders. — Verwaltungsprozeßrecht. Ein Studienbuch, 2. Aufl. München-Berlin 1961.

ders. — Verwaltungsgerichtsbarkeit (Kommentar), 2. Aufl. Köln-Berlin-München-Bonn 1963.

Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Veröffentlicht vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. von Hermann Mosler, Band 36). Köln-Berlin 1962.

Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht. Gefertigt vom Sekretariat des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags (Hektographierte Zusammenfassung der Beratungen).

Walter Robert — Verfassung und Gerichtsbarkeit. Wien 1960.

Weber, Werner — Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 2. Aufl. Stuttgart 1958.

ders. — Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 253 ff.

Wengler, Wilhelm	Der Begriff des Politischen im Internationalen Recht. Tübingen 1956.
Werner, Fritz	Das Problem des Richterstaates. Berlin 1960.
Wertenbruch, Wilhelm	Grundgesetz und Menschenwürde. Köln-Berlin 1958.
Wessel, Franz	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde. Deutsches Verwaltungsblatt 1952, 161 ff.
Willms, Günther	Was bindet nach § 31 Abs. 1 BVerfGG? JZ 1954, 525 ff.
Wintrich, Josef Marquard	Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage. Regensburg 1950.
ders.	Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet (Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V., Mainz, Band 3), München 1952, S. 227 ff.
ders.	Aufgaben, Wesen, Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956, S. 191 ff.
ders.	Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gesamtgefüge der Verfassung. Bayerische Verwaltungsblätter 1956, S. 97 ff. und 132 ff.
ders.	Zur Problematik der Grundrechte (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen. Geisteswissenschaften, Heft 71). Köln-Opladen 1957.
ders. und Lechner, Hans	Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Band 3, 2. Halbband, S. 643 ff. Hrsg. von Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner. Berlin 1959.
ders.	Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 Abs. 1 GG, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibalt Apelt zum 80. Geburtstag, München-Berlin 1961, S. 1 ff.

Wolff, Bernhard	Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts von 1954 bis 1957. JÖR 7, 107 ff.
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 4. Aufl. München-Berlin 1961.
Zeidler, Karl	Nachprüfung von Gesetzen im Rahmen der Verfassungsbeschwerde gemäß §§ 90 ff. BVerfGG. DÖV 1954, 420 ff.
Zitelmann, Ernst	Lücken im Recht. Leipzig 1903.
Zweigert, Konrad	Die Verfassungsbeschwerde. JZ 1952, 321 ff.

E I N L E I T U N G

Das Grundgesetz hat die Legislative in weitem Umfange dem Recht unterstellt, und zwar nicht nur - wie es schon im 19. Jahrhundert üblich war - im Bereich des Organisationsrechtlichen, sondern sehr weitgehend auch im Materiellen. Diese materiell-rechtliche Bindung resultiert vor allem aus den nach Art. 1 Abs. 3 GG auch für die Legislative verbindlichen, mit starker Geltungskraft [1] ausgestatteten Grundrechten.

Waren die Grundrechte im klassisch-liberalen Sinne in erster Linie Abwehrrechte, die vor positiven Eingriffen des Staats schützen sollten, so kommt den Grundrechten des Grundgesetzes demgegenüber eine erheblich erweiterte Funktion zu [2]: Die soziologischen Wandlungen haben seit dem 19. Jahrhundert zu einer stetig wachsenden Abhängigkeit des Bürgers von der Daseinsvorsorge des Staats geführt. Damit ergaben sich neue Modalitäten des staatlichen Eingriffs in die Sphäre des Bürgers. Zugespitzt ausgedrückt bedeutet das, daß der moderne Staat ihm unliebsame Personen nicht zu enthaupten braucht. Er kann sie vielmehr verhungern, verdürsten, erfrieren lassen, indem er ihnen die staatliche Daseinsvorsorge entzieht [3]. Dieser Wandel der staatlichen Eingriffsmöglichkeiten mußte sich auch auf das System der Gewährleistungen vor staatlichem Machtmißbrauch auswirken. Im Grundgesetz findet sich die Reaktion auf die Erweiterung der Staatsfunktionen vor allem in der Betonung der Menschenwürde und der Sozialstaatlichkeit. Im übrigen erhalten die Grundrechte dadurch eine neue Bedeutung, daß dem auf die klassisch-liberale Doktrin zurückgehenden Wortlaut im Hinblick auf den Wandel der Staatsfunktionen eine neue Auslegung gegeben wird. Dabei erhalten sie einen neuen, sozialen Inhalt. Typisch dafür ist etwa die Ableitung eines Rechts auf das Existenzminimum aus dem klassischen Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 3 GG) [4].

Zur Durchsetzung dieses die Legislative bindenden materiellen Verfassungsrechts hat das Grundgesetz in erster Linie die Verfassungsgerichtsbarkeit berufen. Gerade bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Legislative ergeben sich jedoch aus der Abkehr von der klassisch-liberalen Doktrin mannigfache Probleme. Insbesondere fragt es sich, inwieweit das Verfassungsrecht noch mit den in diesem Bereich herkömmlichen Sanktionen der Kassation bzw. der Nichtanwendung verfassungs-

---

1) Vgl. dazu im einzelnen Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 18 ff.

2) Dazu ausführlich Seiwerth, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, S. 18 ff.

3) Vgl. auch Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 2 GG, Randziffern 26 ff.

4) Dazu ausführlich Maunz-Dürig a.a.O.

widriger Gesetze verwirklicht werden kann und inwieweit für eine wirksame Durchsetzung der Verfassung neue Sanktionsmöglichkeiten erforderlich sind. Weiter ist zu prüfen, ob das für das Bundesverfassungsgericht maßgebende Prozeßrecht solche evtl. erforderlich werdenden neuen Sanktionsmöglichkeiten bereits vorsieht, oder ob hier eine nicht ausfüllungsfähige Gesetzeslücke vorliegt mit der Folge, daß die Verfassung insoweit vom Bundesverfassungsgericht nicht durchgesetzt werden kann. Diese Prüfung hat sich die folgende Arbeit zum Ziele gesetzt.

Dabei soll zunächst der Bereich abgegrenzt werden, innerhalb dessen das Bundesverfassungsgericht[5] zur Kontrolle der Legislative berufen ist. Im Anschluß daran ist das in diesem Bereich geltende Verfahrensrecht darzustellen, soweit es die herkömmlichen Entscheidungsmöglichkeiten betrifft. Auf dieser Grundlage soll dann in die Prüfung der Hauptfrage eingetreten werden, ob nach dem geltenden Verfahrensrecht Möglichkeiten bestehen, auch Verfassungsnormen durchzusetzen, die etwas positiv gewähren.

5) Die folgenden Ausführungen werden im Interesse der Übersichtlichkeit auf die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes beschränkt, wobei nicht übersehen wird, daß ähnliche Probleme auch bei der Verfassungsgerichtsbarkeit der Länder und in gewissem Maße auch bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO bestehen.

1. ABSCHNITT

ABGRENZUNG: DER BEGRIFF DER ABSTRAKTEN RECHTSKONTROLLE

Das Grundgesetz begründet die verfassungsgerichtliche Zuständigkeit nicht durch eine Generalklausel, sondern durch Zuweisung von Einzelkompetenzen im Wege der Enumeration [1]. Diese Enumerationsmethode findet sich auch im Bundesverfassungsgerichtsgesetz [2]. Das Verfahren ist jeweils nach den Besonderheiten des zur Entscheidung zugewiesenen Gegenstandes verschieden ausgestaltet.

Schon bei summarischer Betrachtung der einzelnen Verfahrensarten ergibt sich, daß die Kontrollkompetenz des Bundesverfassungsgerichts gegenüber der Gesetzgebung nicht in einer Verfahrensart zusammengefaßt ist. Die erste Aufgabe muß deshalb darin bestehen, die Verfahrensarten herauszuarbeiten, in denen die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Legislative stattfindet. Dabei soll zunächst versucht werden, mit Hilfe des seit langem eingebürgerten Begriffs der Normenkontrolle zu einer Abgrenzung zu gelangen.

1. Der Begriff der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle wird in der neueren Literatur und Rechtsprechung nicht einheitlich verwendet.

Meist wird er im Sinne von "Normenkontrollverfahren" als prozessualer Sammelbegriff für bestimmte Verfahrensarten gebraucht, in denen das Verfassungsgericht über die Wirksamkeit einer Rechtsnorm zu entscheiden hat [3]. So faßt z.B. Geiger [4] die Verfahren nach § 13 Nr. 6, Nr. 11 und Nr. 14 BVerfGG unter dem Begriff der Normenkontrolle zusammen, während Lechner [5] darüber hinaus auch die Verfahren nach § 13 Nr. 12 und Nr. 13 BVerfGG unter diesen Begriff bringt. Wieder anders rechnet Wintrich [6] auch die Verfassungsbeschwerde gegen eine Norm zur Normenkontrolle.

Maunz [7] dagegen versteht unter (abstrakter) Normenkontrolle die durch die Popularklage ausgelöste Tätigkeit des Verfassungsgerichts und - in einem weiteren Sinne [8] - die Sonderentscheidung über Geltung und Wirksamkeit einer Rechts-

---

1) Vgl. z.B. Art. 93, Art. 18 S. 2, Art. 21 Abs. 2 S. 2, Art. 41 Abs. 2 des Grundgesetzes.
2) Vgl. § 13 BVerfGG
3) Vgl. z.B. BVerfGE 1, 208 (219 f.).
4) Kommentar zum BVerfGG, Vorbem. 2 vor § 76
5) Kommentar zum BVerfGG, Einleitung 5 d
6) Nawiasky-Festschrift, S. 191 ff. (194)
7) Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl., S. 229
8) A. a. O. S. 229 und 239

norm, losgelöst von dem konkreten Anlaß des Geltungszweifels.

In diesem letzteren,mehr funktionellen Sinne wird der Begriff der Normenkontrolle auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit verwendet. So versteht etwa Klinger [9] unter Normenkontrolle die Prüfung der Gültigkeit einer Rechtsnorm durch ein Gericht [10]. Mit diesem Inhalt wurde der Begriff auch zur Zeit der Geltung der Weimarer Verfassung gebraucht [11].

Da mit Hilfe des Begriffs der Normenkontrolle versucht werden soll, die Kontrolle der Legislative von anderen Tätigkeiten des Bundesverfassungsgerichts abzugrenzen, kommt hier von vornherein nur der auf eine Tätigkeit abstellende funktionelle Begriff in Betracht. Es fragt sich jedoch, ob dieser funktionelle Begriff mit dem Bereich identisch ist, innerhalb dessen die Legislative vom Bundesverfassungsgericht kontrolliert wird. Dies ist aus zwei Gründen nicht der Fall: Einmal ist der funktionelle Begriff der Normenkontrolle weiter, indem er auch die Prüfung nicht von der Legislative gesetzter Normen ergreift, wie etwa die Prüfung der Verbindlichkeit von allgemeinen Regeln des Völkerrechts (Art. 100 Abs. 2 GG) [12]. Zum anderen aber ist der Begriff zu eng, indem er auf die Gültigkeit von Normen abstellt und damit die positiv verpflichtende Wirkung der Verfassung außer Betracht läßt.

2. Da somit an den Begriff der Normenkontrolle nicht angeknüpft werden kann, soll die hier zu untersuchende Tätigkeit des Bundesverfassungsgerichts unter den neu geprägten Begriff der "Rechtskontrolle" gebracht werden. Unter "Rechtskontrolle" soll dabei "die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Teilen der Rechtsordnung auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht" verstanden werden.

Diese "Rechtskontrolle" kann nun inzident und abstrakt ausgeübt werden. Bei der inzidenten Rechtskontrolle entscheidet das Gericht über die Übereinstimmung des Rechts mit höherrangigen Normen als Vorfrage, während bei der abstrakten Rechtskontrolle diese Frage den Gegenstand des Verfahrens und damit auch den Gegenstand der Entscheidung bildet. Bei der abstrakten Rechtskontrolle ist das Ergebnis der Kontrolle also im Entscheidungstenor niedergelegt.

---

9) Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, § 47, Anm. A

10) Ähnlich auch Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 86 ff., 95 f. und Schoen, Jellinek-Gedächtnisschrift, S. 407 ff. (412 f.)

11) Vgl. z.B. Triepel, Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, S. 68; Friesenhahn, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, S. 523 ff. (526). Vgl. dazu auch BVerfGE 1, 396 (406).

12) Vgl. Geiger, Kommentar zum BVerfGG, § 83, Anm. 4

Da die inzidente Rechtskontrolle nur in den Gründen der Entscheidung nach außen tritt, ergeben sich für sie keine speziellen Probleme verfahrensrechtlicher Art. Weil sich diese Arbeit vorwiegend mit dem Verfahrensrecht des Bundesverfassungsgerichts und hier wieder besonders mit den Vorschriften über den Entscheidungsausspruch zu befassen hat, kann die inzidente Rechtskontrolle deshalb weitgehend außerhalb der Betrachtung bleiben. Die folgenden Ausführungen werden sich also fast ausschließlich mit der abstrakten Rechtskontrolle befassen. Unter abstrakter Rechtskontrolle soll dabei verstanden werden: "Die verfassungsgerichtliche Überprüfung von Teilen der Rechtsordnung auf ihre Übereinstimmung mit höherrangigem Recht, sofern diese Überprüfung den Gegenstand des verfassungsgerichtlichen Verfahrens und der verfassungsgerichtlichen Entscheidung bildet."

3. Dieser Begriff bedarf der näheren Erläuterung:

a) Legt man die obengenannte Definition zugrunde, so ergibt sich, daß bestimmte Verfahrensarten speziell auf die abstrakte Rechtskontrolle ausgerichtet sind. So übt das Bundesverfassungsgericht immer abstrakte Rechtskontrolle aus, wenn es eine Sachentscheidung in folgenden Verfahrensarten trifft:

aa) Im Verfahren der "abstrakten Normenkontrolle" (i.e.S.) nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in Verb. m. §§ 76 ff. BVerfGG.

bb) Im Verfahren der Rechtskontrolle auf Vorlage durch ein Gericht ("konkrete Normenkontrolle") nach Art. 100 Abs. 1 GG in Verb. m. §§ 80 ff. BVerfGG.

b) In folgenden Verfahrensarten kann das Bundesverfassungsgericht in besonderen Fällen abstrakte Rechtskontrolle ausüben, wenn es eine Sachentscheidung trifft:

aa) Im Verfahren nach Art. 99 GG in Verb. m. §§ 73 ff. BVerfGG, wenn dem Bundesverfassungsgericht - wie durch Art. 37 Nr. 2 der Schleswig-Holsteinischen Landessatzung [13] - die innerlandesrechtliche abstrakte Rechtskontrolle zugewiesen ist [14].

bb) Im Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 3 S.1 GG in Verb. m. § 85 BVerfGG, wenn die Vorlage die Frage der Übereinstimmung der Rechtsordnung mit höherran-

---

13) Vgl. dazu BVerfGE 1, 208 (218 f.)

14) Die durch die Vorlage eines Gerichts ausgelöste innerlandesrechtliche abstrakte Rechtskontrolle wird bei Fehlen eines Landesverfassungsgerichts unmittelbar nach Art. 100 Abs. 1 GG vom BVerfG ausgeübt. Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 11. Aufl., S. 240

gigem Recht betrifft [15].

cc) Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG, wenn die Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 BVerfGG gegeben sind, wenn also die Verfassungsbeschwerde erfolgreich ist und gegen eine Norm oder gegen eine Entscheidung gerichtet ist, die auf einer verfassungswidrigen Norm beruht. Dies bedarf näherer Ausführung:

Die Verfassungsbeschwerde bildet in gewisser Hinsicht den Gegenpol zur Popularklage: Während die Verfassungsbeschwerde den einzelnen Bürger vor Verletzung s e i n e r Rechte schützen soll, steht bei der Popularklage und der durch sie ausgelösten abstrakten Rechtskontrolle der Gedanke des Schutzes der Allgemeinheit vor Verfassungsverletzungen im Vordergrund [16].

Der Rechtsbehelf der §§ 90 ff. BVerfGG wurde vom Gesetzgeber grundsätzlich als Verfassungsbeschwerde gestaltet. Dies ergibt sich einmal aus der Bezeichnung als Verfassungsbeschwerde, zum anderen aber aus der Vorschrift des § 90 Abs. 1, nach der der Antragsteller in einem "seiner" Verfassungsrechte verletzt sein muß. Demgemäß bildet die Behauptung des Beschwerdeführers, daß e r durch die öffentliche Gewalt in seinen Verfassungsrechten verletzt sei, den Gegenstand des Verfassungsbeschwerde-Verfahrens [17]. Danach hat das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich auch nur darüber zu befinden, ob der Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt wurde oder nicht (vgl. § 95 Abs. 1 Satz 1).

Die Verfassungsbeschwerde des BVerfGG ist aber nur dem Grundsatz nach als Verfassungsbeschwerde im funktionalen Sinne durchgestaltet. Sie enthält auch deutlich Elemente der Popularklage. Dies kommt schon allgemein in § 90 Abs. 2 zum Ausdruck, wenn dort gesagt wird, daß über eine Verfassungsbeschwerde vor Erschöpfung des Rechtswegs entschieden werden kann, wenn sie von a l l g e -

---

15) Dies kann z.B. der Fall sein, wenn ein Landesverfassungsgericht von einer etwa im Wahlprüfungsverfahren ergangenen Entscheidung des BVerfG abweichen will, in der inzidenter eine Norm für unvereinbar mit dem GG erklärt wird. - Entsprechend einem im BVerfGG allgemein verwirklichten Prinzip (vgl. z.B. §§ 67 ff. BVerfGG im Vergleich zu Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) wird das BVerfG auf eine solche Vorlage eines Landesverfassungsgerichts nicht nur über die Auslegung des GG entscheiden, sondern auch die Folgerungen aus dieser Auslegung ziehen, indem es ausdrücklich über die Vereinbarkeit der betr. Norm mit dem GG entscheidet.

16) Vgl. z. Terminologie z.B. Wintrich, Schutz der Grundrechte durch Verfassungsbeschwerde und Popularklage, S. 4 und 14

17) Ebenso z.B. Jesch, JZ 54, 528 ff. (532); Kadenbach, AÖR 80, 385 ff. (418)

meiner Bedeutung ist. Ein weiterer allgemeiner Hinweis findet sich in § 93 a Abs. 4, wo auf die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage abgestellt wird. Besonders deutlich tritt die Funktion der Verfassungsbeschwerde als Rechtsschutzverfahren für die Allgemeinheit aber in § 95 Abs. 3 in den Vordergrund. Nach dieser Vorschrift wird bei einer stattgebenden Entscheidung nicht nur über die Verletzung des Beschwerdeführers entschieden, sondern allgemein über die Gültigkeit der Norm; nach § 95 Abs. 3 Satz 2 wird gar die Inzidententscheidung über die Gültigkeit der zu beurteilenden Norm verselbständigt, eine Regelung, die ausschließlich das öffentliche Interesse an der Entscheidung berücksichtigt.

Die Existenz der Vorschrift des § 95 Abs. 3 führt zu der Frage, ob die Annäherung der Verfassungsbeschwerde an die Popularklage im BVerfGG so weit geht, daß in bestimmten Fällen auch die Frage der Gültigkeit einer Norm den Gegenstand des Verfassungsbeschwerde-Verfahrens bilden kann. Diese Frage muß verneint werden, weil diese Annäherung an die Popularklage nur im Hinblick auf die Tenorierung der Entscheidung erfolgt, für die Frage der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde dagegen in § 90 Abs. 1 BVerfGG streng an der virtuellen Verletzung des Beschwerdeführers festgehalten wird [18].

Angesichts der Besonderheiten des Verfassungsbeschwerde-Verfahrens ist damit aber noch nichts Endgültiges über die Frage ausgesagt, ob das Bundesverfassungsgericht im Verfahren nach §§ 90 ff BVerfGG abstrakte Rechtskontrolle ausüben kann: Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den Fällen des § 95 Abs. 3 BVerfGG abstrakt über die Gültigkeit von Rechtsnormen, wenn es dabei auch - ähnlich wie bei den Entscheidungen nach §§ 78 Satz 2 und 67 Satz 3 BVerfGG [19] - über den Gegenstand des Verfahrens hinaus tätig wird. Diese Eigenart des verfassungsgerichtlichen Verfahrens findet ihre Erklärung darin, daß das Bundesverfassungsgericht nicht nur als Gericht, sondern zugleich auch als Verfassungsorgan tätig wird [20]. Während ein Hinausgreifen über den Verfahrensgegenstand der richterlichen Tätigkeit nicht entspricht, muß die Aufgabe für ein zur Durchsetzung der Verfassung berufenes Organ gerade darin liegen, möglichst umfassend

---

18) Zum gleichen Ergebnis kommen Jesch, JZ 54, 528 ff. (532) und Kadenbach, AÖR 80, 385 ff. (418). Anders offenbar BGH (GrSZ) in BGHZ 13, 265 (286 ff.)

19) Vgl. dazu auch die Rechtsprechung des BVerfG, nach der im Verfassungsbeschwerde-Verfahren nicht gerügte und auch nicht rügbare Verfassungsverletzungen von Amts wegen sachlich behandelt werden können, wenn sie evident sind (BVerfGE 1, 264, 271; 3, 58, 74; 6, 273, 281 f.). A.A. Zeidler, DÖV 1954, 420 ff.

20) Vgl. zur "Zwitterstellung" des BVerfG vor allem Leibholz, in: "Das Bundesverfassungsgericht", S. 61 ff.

tätig zu werden. Ist das Bundesverfassungsgericht zur Klärung auch außerhalb des Verfahrens liegender Verfassungsfragen berufen, so entscheidet es über diese Frage also in erster Linie in seiner Eigenschaft als Verfassungsorgan. In dieser Erkenntnis liegt der Schlüssel für die richtige Einordnung der aus § 95 Abs. 3 BVerfGG fließenden Entscheidungskompetenz: Da diese Kompetenz in erster Linie von der Stellung des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan geprägt wird, kann sie nicht ohne weiteres an Maßstäben gemessen werden, die für das gerichtliche Verfahren entwickelt wurden. Dementsprechend sagt hier der Verfahrensgegenstand nichts über den wirklichen Inhalt des Verfahrens aus. Entscheidend für die Einordnung der verfassungsgerichtlichen Tätigkeit nach § 95 Abs. 3 BVerfGG kann deshalb allein sein, ob diese Tätigkeit ihrem Wesen nach der abstrakten Rechtskontrolle entspricht. Da die Entscheidung nach § 95 Abs. 3 BVerfGG so ergeht, als ob die entschiedene Frage den Gegenstand des Verfahrens gebildet hätte, muß dies bejaht werden.

Aus diesen Gründen ist auch die Nichtigerklärung einer Norm nach § 95 Abs. 3 BVerfGG unter die abstrakte Rechtskontrolle einzuordnen. Bei Entscheidungen, welche die Verfassungsbeschwerde zurückweisen, wird dagegen nie abstrakte Rechtskontrolle ausgeübt, da Gegenstand des Verfahrens lediglich die Beschwer des Antragstellers ist und für die zurückweisende Entscheidung eine dem § 95 Abs. 3 BVerfGG vergleichbare Bestimmung fehlt [21].

c) Wurden unter a) und b) die Verfahrensarten beschrieben, in denen das Bundesverfassungsgericht abstrakte Rechtskontrolle ausüben kann, so sind nunmehr ähnliche Verfahrensarten darzustellen, in denen eine abstrakte Rechtskontrolle nicht stattfindet:

aa) In den Verfahren nach Art. 100 Abs. 2 GG in Verb. m. §§ 73 f. BVerfGG (Vorlage betr. allgemeine Regeln des Völkerrechts) und nach Art. 126 GG in Verb. m. §§ 86 ff. BVerfGG (Entscheidung über das Fortgelten von Recht als Bundesrecht) findet schon deshalb keine abstrakte Rechtskontrolle statt, weil nicht am Maßstab ranghöherer Normen geprüft wird [22].

---

21) Dies gilt auch für die Verfassungsbeschwerde nach § 91 BVerfGG. Vgl. Geiger, Kommentar zum BVerfGG, § 91 Anm. 1.

22) Daß im Verfahren nach Art. 126 GG die Vereinbarkeit vorkonstitutioneller Normen mit dem GG nur inzidenter geprüft werden kann, ist allgemein anerkannt. Vgl. BVerfGE 3, 357 (358) und 4, 358 (368). Weitere Nachweise bei Hamann, Das Grundgesetz, 2. Aufl., Anm. zu Art. 126 GG

bb) Auch in den Verfahren zur Beilegung von Organstreitigkeiten [23], Bund-Länderstreitigkeiten [24], Streitigkeiten nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 GG [25] und innerlandesrechtlichen Verfassungsstreitigkeiten [26] ist das Bundesverfassungsgericht nicht zur abstrakten Rechtskontrolle berufen.

In diesen Verfahrensarten zur Beilegung von Verfassungsstreitigkeiten im eigentlichen Sinne [27] kann nach der Regelung des BVerfGG immer nur darüber entschieden werden, ob das "beklagte" Organ das Recht verletzt hat. Bezogen auf die hier interessierende Frage heißt das, daß das Bundesverfassungsgericht nur darüber befindet, ob der "Beitrag" eines Organs zur Gestaltung der Rechtsordnung - also z.B. das Handeln des Deutschen Bundestags beim Erlaß einer Norm - rechtmäßig ist [28]. Da aber an der Gestaltung der Rechtsordnung regelmäßig [29] mehrere Organe beteiligt sind, wird damit nur über eine Vorfrage für die Frage nach der Übereinstimmung von Teilen der Rechtsordnung mit höherrangigem Recht entschieden, nicht aber über die Übereinstimmung selbst [30].

4. Zusammenfassend ist also festzustellen, daß in folgenden fünf Verfahrensarten abstrakte Rechtskontrolle ausgeübt werden kann:

a) Im Verfahren der "abstrakten Normenkontrolle" (i.e.S.) nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i.Verb.m. §§ 76 ff. BVerfGG.

b) Im Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG i.Verb.m. §§ 80 ff. BVerfGG ("konkrete Normenkontrolle").

c) Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG.

d) Im Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 3 Satz 1 GG i.Verb.m. § 85 BVerfGG.

e) Im Verfahren nach Art. 99 GG i.Verb.m. §§ 73 ff. BVerfGG.

---

23) Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG i.Verb.m. §§ 63 ff. BVerfGG

24) Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 3 und Art. 84 Abs. 4 Satz 2 GG i.Verb.m. §§ 68 ff. BVerfGG

25) i.Verb.m. §§ 71 ff. BVerfGG

26) Nach Art. 99 GG i.Verb.m. §§ 73 ff. BVerfGG

27) Vgl. z.B. Geiger, Kommentar zum BVerfGG, Vorbem. 1 vor § 63

28) Unsicher noch BVerfGE 1,208 (220). Vgl. aber neuerdings z.B. BVerfGE 6,84 (88 f.) und 99 (103), wo deutlich gesagt wird, daß der "Erlaß" eines Gesetzes eine Maßnahme i.S.d. §§ 64, 69, 72 BVerfGG sein könne.

29) Nur Verordnungen kommen durch das Handeln e i n e s Organs zustande.

30) Dies zeigt sich besonders deutlich, wenn z.B. das Handeln des Bundestags vom BVerfG für rechtmäßig erklärt wird: Damit ist nur gesagt, daß die Norm nicht wegen unrechtmäßigen Handelns des B u n d e s t a g s ungültig ist.

Diese fünf Verfahrensarten werden deshalb bei den folgenden Untersuchungen im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

5. Haben diese Verfahrensarten gemeinsam, daß in ihnen abstrakte Rechtskontrolle ausgeübt werden kann, so unterscheiden sie sich schon hinsichtlich des Umfangs der Prüfungskompetenz grundlegend. So können z.B. im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG auch Rechtsverordnungen und vorkonstitutionelle Gesetze überprüft werden, während im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG nur nachkonstitutionelle formelle Gesetze zum Gegenstand der Nachprüfung gemacht werden können [31]. Ähnlich ist auch der Prüfungsmaßstab nicht in allen Verfahrensarten der gleiche. So kann z.B. im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG am Maßstab des Grundgesetzes und - bei der Prüfung von Landesrecht - auch am Maßstab von Bundesrecht gemessen werden, während mit der Verfassungsbeschwerde nur die Verletzung der Grundrechte oder bestimmter grundrechtsähnlicher Rechte [32] gerügt werden kann.

Im Interesse der Vergleichbarkeit der Tatbestände wird im folgenden als Normalfall davon ausgegangen, daß das Bundesverfassungsgericht über die Vereinbarkeit von Akten oder Unterlassungen der Legislative mit den Grundrechten zu entscheiden hat, eine Sachverhaltsgestaltung, die bei allen hier in Betracht kommenden Verfahrensarten möglich ist [33].

---

31) Ständige Rechtsprechung des BVerfG seit E 1, 184 (195 ff.) bzw. seit E 2, 124 (128 ff.)

32) Vgl. §§ 90 Abs. 1 und 91 BVerfGG

33) Bei der innerlandesrechtlichen abstrakten Rechtskontrolle durch das BVerfG nach Art. 99 GG i.Verb.m. Art. 37 Nr. 2 der Schleswig-Holsteinischen Landessatzung bilden allerdings statt der Grundrechte des Grundgesetzes die Grundrechte der Landessatzung den Prüfungsmaßstab.

2. ABSCHNITT

DIE KASSATORISCHE ENTSCHEIDUNGSBEFUGNIS DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

Einleitung

Um eine gesicherte Grundlage für die Bearbeitung des Themas zu erhalten, muß zunächst dargelegt werden, wie die kassatorische Entscheidungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts im BVerfGG geregelt ist. Dabei soll im 1. Kapitel geprüft werden, welche Entscheidungen in den einzelnen Verfahrensarten möglich sind. Im 2. Kapitel wird Inhalt und Wirkung der im BVerfGG vorgesehenen kassatorischen Entscheidungen beschrieben, wobei die positiv gestaltende Wirkung solcher Entscheidungen gesondert im 3. Kapitel behandelt werden wird.

1. Kapitel

Welche Entscheidungen läßt das BVerfGG zu?

I. Ergibt sich, daß eine geprüfte Norm verfassungswidrig ist, so bestehen nach dem BVerfGG grundsätzlich zwei Möglichkeiten der Entscheidung: Die Nichtigerklärung der geprüften Norm einerseits und die bloße Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit einer Norm höheren Ranges andererseits.

1. Unter "Nichtigerklärung" versteht das BVerfGG die Feststellung der Nichtigkeit einer Bestimmung (vgl. § 78 Satz 1 BVerfGG). Der Begriff Nichtigerklärung ist in der Terminologie des BVerfGG nur eine Kurzbezeichnung für die Feststellung der Nichtigkeit (vgl. § 78 S. 2, wo unter Bezugnahme auf § 78 S. 1 von "gleichfalls für nichtig erklären" gesprochen wird). Der Entscheidungstenor enthält daher keine eigentliche Nichtigerklärung (etwa in der Fassung: "Das ...-Gesetz wird für nichtig erklärt"), sondern eine Feststellung der Nichtigkeit ("Das ...-Gesetz ist nichtig") [1].

Bei vom Gesetzgeber aufgehobenen, aber noch fortwirkenden verfassungswidrigen Gesetzen ist entsprechend zu entscheiden, daß das betr. Gesetz nichtig war [2].

---

1) So auch die ständige Praxis des BVerfG. Vgl. z.B. E 1, 14 ff. und 11, 77 ff.

2) So BVerfGE 7, 244; 8, 95; 8, 330. Vgl. dazu auch BVerfGE 3, 58 (75); 3, 162 (170 f.); 3, 288 (299).

2. Im Vergleich zur Nichtigerklärung ist die bloße Feststellung der Unvereinbarkeit einer Norm mit einer Norm höheren Ranges ein Weniger: Während bei der Nichtigerklärung die Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit der geprüften Norm - nämlich Nichtigkeit - festgestellt wird, bleibt die Rechtsfolge der Verfassungswidrigkeit bei der bloßen Feststellung der Unvereinbarkeit formell unausgesprochen.

3. Das BVerfGG sieht für einige Verfahrensarten die Nichtigerklärung, für andere die bloße Feststellung der Unvereinbarkeit vor. Beide Entscheidungsmöglichkeiten nebeneinander kennt keine Verfahrensart. Daher folgt der formelle Inhalt der Entscheidung zwingend aus der Verfahrensart, in der sie ergeht.

Mit der Nichtigerklärung einer Norm kann ein Verfahren nur in folgenden Verfahrensarten enden:

a) Im Verfahren der "abstrakten Normenkontrolle" (i.e.S.) nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (vgl. § 78 BVerfGG).

b) Im Verfahren der abstrakten Rechtskontrolle auf Vorlage eines Gerichts nach Art. 100 Abs. 1 GG (vgl. § 82 Abs. 1 BVerfGG).

c) Im Verfahren der Verfassungsbeschwerde nach §§ 90 ff. BVerfGG, sofern die Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 BVerfGG vorliegen [3].

In den übrigen Verfahrensarten kann das Bundesverfassungsgericht nur die Unvereinbarkeit der geprüften Norm mit einer Norm höheren Ranges feststellen [4] [5].

II. Um eine Übersicht über die nach dem BVerfGG möglichen Sachentscheidungen zu schaffen, sollen anhangsweise auch die normbestätigenden Entscheidungen kurz behandelt werden:

1. Nach § 81 bzw. § 85 Abs. 3 BVerfGG entscheidet das Bundesverfassungsgericht in den Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 und 3 GG nur über die "Rechtsfrage". Diese "Rechtsfrage" lautet dahin, ob die vom vorlegenden Gericht für nichtig

---

3) Auch in BVerfGE 6, 246 ff. und 282 ff. wird, wie sich aus der Begründung (S. 257 bzw. 290) ergibt, in Wirklichkeit für nichtig erklärt.

4) Vgl. § 74 i.Verb.m. § 72 Abs. 2 BVerfGG und § 85 Abs. 3 BVerfGG.

5) Instruktiv ist BVerfGE 1, 208 (211), wo in einem Entscheidungstenor auf das Verfahren nach Art. 99 GG i.Verb.m. §§ 73 ff. BVerfGG die Unvereinbarkeit einer Norm mit einer ranghöheren Norm festgestellt und auf das Verfassungsbeschwerdeverfahren die gleiche Norm für nichtig erklärt wird.

gehaltene Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar ist oder nicht. Die normbestätigende Entscheidung muß daher in diesen Verfahrensarten die Vereinbarkeit der geprüften Norm mit einer ranghöheren Norm (i.d.R. dem Grundgesetz) feststellen [6].

Dasselbe ergibt sich für das Verfahren nach Art. 99 GG i.Verb.m. Art. 37 Z. 2 der Landessatzung für Schleswig-Holstein aus § 74 i.Verb.m. § 72 Abs. 2 BVerfGG. [7]

Auch bei der abstrakten Rechtskontrolle nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG i.Verb.m. §§ 76 ff. BVerfGG kann ein unbegründeter Antrag nicht einfach als unbegründet zurückgewiesen werden. Vielmehr muß mit Rücksicht auf die der Entscheidung nach § 31 BVerfGG zukommende Wirkung auch hier die Vereinbarkeit der geprüften Norm ausdrücklich festgestellt werden [8].

2. Wie oben [9] bereits ausgeführt, ergeht die normbestätigende Entscheidung im Verfassungsbeschwerde-Verfahren nicht in Ausübung der abstrakten Rechtskontrolle. Da die Voraussetzungen des § 95 Abs. 3 bei der normbestätigenden Entscheidung nicht vorliegen, ist hier nur über die Beschwer des Antragstellers zu entscheiden, indem - entsprechend der ständigen Praxis des Bundesverfassungsgerichts [10] - die Verfassungsbeschwerde zurückgewiesen wird.

2. Kapitel

Inhalt und Wirkung der kassatorischen Entscheidungen

Wie sich aus der Darstellung im vorangehenden Kapitel ergibt, handelt es sich sowohl bei der Nichtigerklärung als auch bei der Feststellung der Unvereinbarkeit einer Norm mit einem ranghöheren Rechtssatz der Form nach um Feststellungsentscheidungen. Damit ist aber noch nichts über ihre Wirkungen und ihren materiellen Inhalt ausgesagt [1]. Um den Gehalt dieser Entscheidungen zu bestimmen, be-

---

6) So die ständige Praxis des BVerfG ab E 2, 181 und 2, 213.

7) Vgl. BVerfGE 1, 208 (218 f.). Das Verfahren richtet sich nach §§ 73 ff. BVerfGG

8) Vgl. Geiger, Kommentar zum BVerfGG, § 78 Anm. 2 und die ständige Praxis des BVerfG ab E 1, 117

9) S. 8

10) Vgl. von den zahlreichen Entscheidungen z.B. BVerfGE 1, 167; 6, 32; 13, 181.

1) Vgl. vor allem das von Götz (NJW 1960, 1177 ff., 1178) gebrachte Beispiel, daß das Gestaltungsurteil im Ehelichkeitsanfechtungsverfahren (vgl. §§ 1591 ff. BGB) in der Form einer Feststellung ergeht.

darf es vielmehr einer eingehenden Untersuchung:

1. Inhalt und Wirkungen der Nichtigerklärung einer Norm in den Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und nach Art. 100 Abs. 1 GG:

a) Nach § 31 Abs. 2 BVerfGG hat die Entscheidung in den Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ("abstrakte Normenkontrolle") und nach Art. 100 Abs. 1 GG ("konkrete Normenkontrolle") Gesetzeskraft. Die Entscheidungsformel ist durch den Bundesjustizminister im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Die Gesetzeskraft der Nichtigerklärung bewirkt, daß die für nichtig erklärte Norm als Folge der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung formell außer Kraft tritt. Der Gesetzestext wird also durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verändert: Das BVerfG wird hier - formell betrachtet - als negativer Gesetzgeber, als "Gegengesetzgeber" zum Schöpfer der Norm tätig. Die Nichtigerklärung hat also insoweit gestaltende Wirkung.

Von welchem Zeitpunkt an diese formelle Gestaltung der Rechtsordnung eintritt, ist im BVerfGG nicht ausdrücklich geregelt. Während die bei weitem herrschende Meinung [2] auf den Zeitpunkt der Verkündung (bei Urteilen) bzw. der Zustellung (bei Beschlüssen) abstellt, könnte auch die Veröffentlichung der Entscheidung im Bundesgesetzblatt, oder gar erst der 14. Tag nach der Herausgabe des Gesetzblatts (vgl. Art. 82 Abs. 2 GG) [3] als maßgeblicher Zeitpunkt angesehen werden. Der h. M. ist jedoch aus folgenden Gründen beizupflichten: Allgemein werden Gerichtsentscheidungen mit ihrer Verkündung bzw. Zustellung wirksam. Wenn davon abweichend hier die Veröffentlichung der Entscheidung im Bundesgesetzblatt für das Inkrafttreten der Nichtigerklärung maßgebend sein sollte, so müßte dies - wie etwa in der Österreichischen Regelung [4] - ausdrücklich gesetzlich bestimmt sein. Aus der Bestimmung des § 31 Abs. 2 S. 2 BVerfGG, die die Veröffentlichung der Entscheidungsformel vorschreibt, läßt sich jedoch für die Wirkung der Veröffentlichung nichts entnehmen. - Dazu kommt, daß nach § 31 Abs. 2 S. 1 BVerfGG die Entscheidung Gesetzeskraft haben soll und daß nach dem Bericht des Abgeordneten Dr. Wahl [5] der Rechtsausschuß des Bun-

2) Lechner, Kommentar zum BVerfGG, § 31 Anm. III 3, unter Berufung auf den Bericht des Abgeordneten Dr. Wahl im Bundestag (vgl. die Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode, Stenographische Berichte, S. 4226 ff.); Haegele, Deutscher Rechtspfleger 1959, 267 ff.; Geiger, Kommentar zum BVerfGG, § 31 Anm. 15; Röhl, NJW 1960, 179 ff. (181); Hoegen, Die Justiz (Amtsblatt des Justizministeriums Baden-Württemberg) 1960, 28 ff.

3) Sellschopp, DÖV 1954, 324 ff.

4) Vgl. Art. 140 Abs. 3 des Österreichischen Bundesverfassungsgesetzes.

5) In: Die Verhandlungen des Deutschen Bundestags, 1. Wahlperiode, Stenographische Berichte, S. 4226 ff.

destags offenbar davon ausging, daß der Veröffentlichung nur deklaratorische Bedeutung zukomme. - Die Schwierigkeiten, die sich bei Beschlüssen daraus ergeben, daß das Datum der Zustellung im allgemeinen nicht nach außen bekannt wird [6], könnten in Zukunft vielleicht dadurch beseitigt werden, daß der Bundesjustizminister bei Beschlüssen neben der Entscheidungsformel auch das Datum des Wirksamwerdens veröffentlicht.

b) Ob die Nichtigerklärung darüber hinaus auch materiell konstitutive Wirkung entfaltet, so daß die Verfassungswidrigkeit einer Norm erst nach ihrer Nichtigerklärung geltend gemacht werden könnte, ist heftig umstritten [7]. Die Beantwortung dieser Streitfrage kann jedoch offen bleiben, da sich die entgegengesetzten Auffassungen hinsichtlich der eigentlichen Wirkungen der Entscheidung nur in der Konstruktion unterscheiden: Von den Anhängern der Lehre von der konstitutiven Wirkung wird die in § 79 BVerfGG angeordnete Rückwirkung als Ausnahme vom Prinzip der ex-nunc-Wirkung der Entscheidung angesehen, während die Anhänger der Lehre von der deklaratorischen Wirkung in § 79 BVerfGG eine Einschränkung der rein deklaratorischen Wirkung der Entscheidung erblicken. Von Bedeutung ist der verschiedene Ausgangspunkt der beiden Lehren praktisch nur für die "Vorwirkung" der Entscheidung [8], d.h. für die Frage, inwieweit eine Verfassungswidrigkeit auch schon vor Ergehen einer Nichtigerklärung beachtlich ist. Diese Frage betrifft aber nicht eigentlich die Wirkung der Entscheidung, sondern die Geltungskraft der Verfassung.

Was nun die Wirkung gerade der Entscheidung auf zurückliegende Fälle betrifft, so findet sich die grundsätzliche Regelung in § 79 BVerfGG. Danach wirkt die Nichtigerklärung grundsätzlich ex tunc. Das bedeutet, daß eine für nichtig erklärte Norm grundsätzlich vom Zeitpunkt des Entstehens ihrer Verfassungswidrigkeit [9] an als nicht existent anzusehen ist. Eine Ausnahmeregelung besteht nur für unan-

---

6) Vgl. Röhl, NJW 1960, 179 ff. (181)

7) Vor allem Götz (NJW 1960, 1177 ff.) legt der BVerfG-Entscheidung auch insofern konstitutive Wirkung bei, während ihr die wohl h.M. nur deklaratorische Wirkung zukommen lassen will. Vgl. dazu Scheuner, BB 1960, 1253 ff., mit eingehenden Nachweisen.

8) "Vorwirkung" wird dabei im Sinne Scheuners (BB 1960, 1253 ff.) verstanden.

9) Die Verfassungswidrigkeit entsteht bei nachkonstitutionellen, mit der Verfassung nicht vereinbaren Gesetzen regelmäßig mit dem Inkrafttreten des Gesetzes. Wird die Verfassung geändert, nachdem das Gesetz bereits in Kraft getreten war, so kann die Verfassungswidrigkeit aber auch erst durch die Verfassungsänderung entstehen. Bei vorkonstitutionellen Gesetzen entstand die Verfassungswidrigkeit regelmäßig mit dem Inkrafttreten des GG.

fechtbare Gerichts- und Verwaltungsentscheidungen, die auf einer für nichtig erklärten Norm beruhen: Auf diese Entscheidungen hat die Nichtigerklärung nur die begrenzten Auswirkungen, die sich im einzelnen aus § 79 BVerfGG ergeben [10].

c) Unentschieden kann auch die Streitfrage bleiben, inwieweit sich die Gesetzeskraft bzw. die Bindungswirkung nach § 31 BVerfGG auch auf die Gründe der Entscheidung erstreckt [11]. Denn im Rahmen dieser Arbeit interessieren vor allem die Wirkungen des Entscheidungstenors. Daß aber der Entscheidungstenor in Gesetzeskraft erwächst, ist unbestritten, soweit es sich um kassatorische Entscheidungen handelt [12].

2. Hat die im Verfassungsbeschwerde-Verfahren ergehende Nichtigerklärung die gleichen Wirkungen?

a) Nach § 95 Abs. 3 S. 3 BVerfGG ist die Vorschrift des § 79 BVerfGG bei einer im Verfahren der Verfassungsbeschwerde ausgesprochenen Nichtigerklärung entsprechend anzuwenden. Das oben über die Rückwirkung einer in den Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und Art. 100 Abs. 1 GG erfolgenden Nichtigerklärung Ausgeführte gilt daher entsprechend.

b) Bis zur Ergänzung des § 31 Abs. 2 BVerfGG durch das dritte Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht [13] war es zweifelhaft, ob einer im Verfassungsbeschwerde-Verfahren ergehenden Nichtigerklärung Gesetzeskraft zukommen sollte oder nicht [14]. Durch die Erwähnung der gemäß § 95

---

10) Vgl. zur Auslegung des § 79 BVerfGG: Scheuner, BB 1960, 1253 ff. In diesem Zusammenhang soll auch auf den Vorschlag von Arndt (BB 1960, 993 ff. und 1351 f.) hingewiesen werden, das Rückwirkungsproblem de lege ferenda über die Staatshaftung zu lösen.

11) Vgl. zu dieser Streitfrage die den Stand der Diskussion eingehend darstellende Arbeit von Kadenbach, AÖR 80, 335 ff.

12) Vgl. dazu die Zusammenstellung bei Schäfer, NJW 1954, 1467 ff.

13) vom 3.8.1963 (BGBl I S. 589)

14) Gesetzeskraft nahmen z.B. an: BVerfGE 3, 19 (34); Heußner, FamRZ 1960, 6 ff. (8); Bettermann, AÖR 86, 129 ff. (162); Geiger, Kommentar zum BVerfGG, § 31 Anm. 10; Hamann, Kommentar zum GG, 2. Aufl., Art. 94 Anm. 6; der Bundesjustizminister, der jede Nichtigerklärung von Normen im Bundesgesetzblatt veröffentlichte.
Gegen die Zuerkennung von Gesetzeskraft sprachen sich u.a. aus: Lechner, Kommentar zum BVerfGG, Anm. zu § 95 Abs. 3; Bosch, FamRZ 59,406 (412).

Abs. 3 BVerfGG ergehenden Nichtigerklärung in § 31 Abs. 2 BVerfGG n. F. sind diese Zweifel behoben: Nunmehr steht eindeutig fest, daß auch im Verfassungsbeschwerde-Verfahren ausgesprochene Nichtigerklärungen in Gesetzeskraft erwachsen.

c) Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß auch die gemäß § 95 Abs. 3 ergehende Nichtigerklärung von Normen in Gesetzeskraft erwächst und daß einer solchen Nichtigerklärung damit die gleichen Wirkungen zukommen wie einer in den Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 und Art. 100 Abs. 1 GG ausgesprochenen Kassation.

3. Die Wirkungen der bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm.

a) Da die "Fälle" des § 13 Nr. 10 und Nr. 13 BVerfGG [15] in § 31 Abs. 2 BVerfGG nicht aufgezählt sind, kann den in diesen Verfahrensarten ergehenden Entscheidungen der bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm nie Gesetzeskraft zukommen. Diese Entscheidungen wirken vielmehr nur nach Maßgabe von § 31 Abs. 1 BVerfGG. Sie binden also die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder, sowie alle Gerichte und Behörden.

Stellt das Bundesverfassungsgericht fest, daß eine Norm verfassungswidrig ist, so bleibt die verfassungswidrige Norm mangels Gesetzeskraft der Entscheidung somit formell bestehen, bis sie vom Gesetzgeber aufgehoben wird. Da aber nach § 31 Abs. 1 BVerfGG alle Gerichte und Behörden an die Entscheidung gebunden sind und deshalb niemand mehr ein der Entscheidung widersprechendes Ergebnis erreichen kann [16], wird die verfassungswidrige Norm - materiell gesehen - dennoch vernichtet. Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm bewirkt also, daß der Wortlaut der verfassungswidrigen Norm zu einem Scheinwortlaut wird. Das bedeutet, daß sich Wortlaut und Inhalt der in Frage stehenden Norm widersprechen.

Folgendes Beispiel soll dies verdeutlichen:
Nach § 2 des Badischen Landesgesetzes über den Ladenschluß vom 28.3.1951 (GVBl. S. 67) waren die Verkaufsstellen am Mittwoch um 13 Uhr, am Samstag und am Mittwoch vor einem gesetzlichen Feiertag um 17 Uhr zu schließen. Das Bundesverfassungsgericht [17] erklärte diese Vorschrift im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG für nichtig, da die Regelung des Ladenschlusses nach Art. 74 Nr. 11

15) Vgl. §§ 73 ff. und 85 BVerfGG
16) Vgl. Jesch, JZ 1954, 528 ff. (531)
17) BVerfGE 1, 283 ff.

und 12 GG zur konkurrierenden Gesetzgebung gehöre und das Recht des Ladenschlusses abschließend bundesrechtlich geregelt sei. Nach dem oben Ausgeführten wurde damit § 2 des Ladenschlußgesetzes mit der Urteilsverkündung formell aufgehoben.

Hätte das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungswidrigkeit des Ladenschlußgesetzes im Verfahren nach Art. 100 Abs. 3 GG zu entscheiden gehabt, so wäre in der Entscheidung festzustellen gewesen, daß § 2 des Gesetzes verfassungswidrig sei [18]. In diesem Fall hätte die Badische Ladenschlußregelung zwar formell weiterbestanden, nicht aber materiell, da sämtliche Behörden und Gerichte nach § 31 Abs. 1 BVerfGG an die Entscheidung gebunden gewesen wären und deshalb die fragliche Bestimmung nicht mehr hätten anwenden dürfen.

b) Ob die Entscheidung, mit der die Verfassungswidrigkeit einer Norm festgestellt wird, Rückwirkung auf vor der Entscheidung liegende Vorgänge hat, ist im BVerfGG nicht ausdrücklich geregelt.

Da die Gerichte an die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm nach § 31 Abs. 1 BVerfGG gebunden sind, können sie nach Erlaß der Feststellungsentscheidung kein Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG mehr einleiten.

Für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine auf der verfassungswidrigen Norm beruhende Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung, die gemäß § 95 BVerfGG [19] zur Nichtigerklärung der Norm führen könnte, wird in aller Regel kein Anlaß bestehen, da sich Gerichte und Behörden nach Bekanntwerden der Feststellungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach dieser richten und die verfassungswidrige Norm nicht weiter anwenden werden. Ob nach Erlaß der Feststellungsentscheidung noch ein Rechtsschutzbedürfnis für die Durchführung eines Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG oder eines die Norm unmittelbar angreifenden Verfassungsbeschwerde-Verfahrens besteht, ist zumindest zweifelhaft.

Damit ist es nicht nur unsicher, daß eine Norm, deren Verfassungswidrigkeit festgestellt wurde, in einem späteren Verfahren auch noch für nichtig erklärt wird: Der Erlaß der Feststellungsentscheidung schließt eine spätere Nichtigerklärung der verfassungswidrigen Norm geradezu aus. Umgekehrt schließt die Gesetzeskraft der Nichtigerklärung eine spätere Feststellungsentscheidung praktisch aus. Die Feststellungsentscheidung kann also quasi an die Stelle der Nichtigerklärung und die Nichtigerklärung quasi an die Stelle der Feststellungsentscheidung treten. Da es aber weitgehend vom Zufall abhängt, in welcher Verfahrensart und damit mit

---

18) Vgl. § 85 Abs. 3 BVerfGG und dazu oben S. 12

19) Vgl. § 95 Abs. 3 S. 3

welchem Entscheidungstenor das Bundesverfassungsgericht über die Verfassungswidrigkeit einer Norm entscheidet, spricht diese gegenseitige Vertretbarkeit der Entscheidungen entscheidend gegen eine Differenzierung zwischen dem Umfang der Rückwirkung einer Feststellungsentscheidung und dem einer Nichtigerklärung. Die Rückwirkung der Entscheidung, mit der lediglich die Verfassungswidrigkeit einer Norm festgestellt wird, muß also, wie die Rückwirkung der Nichtigerklärung, nach § 79 BVerfGG beurteilt werden.

c) Zusammenfassend kann somit gesagt werden, daß der bloßen Feststellung der Verfassungswidrigkeit im Ergebnis im wesentlichen die gleichen Wirkungen zukommen wie der Nichtigerklärung. Die der Feststellungsentscheidung abgehende Gesetzeskraft wird praktisch durch die ihr nach § 31 Abs. 1 BVerfGG zukommende Bindungswirkung kompensiert.

4. Im Ergebnis setzt also sowohl die Nichtigerklärung, als auch die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm bisher formell geltendes Recht außer Kraft. Zumindest in der damit verbundenen Beseitigung eines Rechtsscheins liegt eine negative Gestaltung der Rechtsordnung durch das Bundesverfassungsgericht und damit eine Kassation. Diese Kassation erfolgt nach § 79 BVerfGG grundsätzlich mit rückwirkender Kraft.

3. Kapitel

Die positiv gestaltende Kraft der Kassation

I. Bei oberflächlicher Betrachtung scheinen sich die Tätigkeiten der Kassation und der positiven Gestaltung der Rechtsordnung gegenseitig auszuschließen. Daß eine positive Gestaltung der Rechtsordnung durch Kassation aber durchaus möglich ist, sollen die folgenden Beispiele zeigen:

1. In unserer komplizierten Rechtsordnung steht eine bestimmte rechtliche Regelung meist nicht isoliert da, sondern bildet einen Zusammenhang mit anderen rechtlichen Regelungen. Dieser Zusammenhang bewirkt aber häufig, daß die Kassation keinen rechtsleeren Raum schafft, sondern daß sie gleichzeitig mit der Beseitigung der bisherigen Regelung eine andere in Kraft setzt.

Diese andere Regelung kann nun in ganz allgemeinen Rechtsgrundsätzen bestehen. So wird z.B. nach der Nichtigerklärung einer Norm des materiellen Strafrechts regelmäßig Straffreiheit und nach der Nichtigerklärung einer Norm des materiellen Steuerrechts regelmäßig Steuerfreiheit eintreten. Die neu in Kraft tretende Regelung kann aber auch spezieller sein, wie z.B. bei der Nichtigerklärung eines

gesetzlich angeordneten Ausschlusses des Rechtswegs: Hier eröffnet die Nichtigerklärung über die Vorschrift des Art. 19 Abs. 4 GG positiv den Rechtsweg.

Aber auch innerhalb eines ganz eng begrenzten Rechtsgebiets kann die Kassation positiv eine neue Regelung schaffen. So wird z.B. bei Nichtigerklärung des Strafrechtstatbestandes A, der den Tatbestand B verdrängt (Gesetzeskonkurrenz), der bisher verdrängte Tatbestand B wieder zu voller Geltung erstarken. Bei der Kassation einer Ausnahmeregelung tritt die grundsätzliche Regelung an ihre Stelle: Gewährt etwa ein Besoldungsgesetz allen Beamten eine Sonderzahlung und wird die kleine Gruppe der X-Beamten durch eine Ausnahmebestimmung in diesem Gesetz oder durch ein Sondergesetz von dieser Begünstigung ausgenommen, so erstreckt die Kassation der Ausnahmeregelung die Begünstigung automatisch auch auf die X-Beamten.

Der Zusammenhang, in dem die verfassungswidrige Norm steht, kann der Kassation also eine positiv rechtssetzende Wirkung geben. Diese Wirkung muß der Kassation in gewissem Maße inhärent sein, soll nicht jeder verfassungswidrige Zustand zur Nichtigerklärung umfangreicher Regelungen führen, die mit der verfassungswidrigen Regelung nur locker zusammenhängen.

2. Ergibt sich aus dem Zusammenhang, in dem die kassierte Norm steht, keine anderweitige positive Regelung, so muß bei gewissen Materien, die einer ununterbrochenen Regelung bedürfen, unmittelbar auf die Verfassung zurückgegriffen werden. So wurde etwa nach der Nichtigerklärung der §§ 1628, 1629 Abs. 1 BGB [1] unmittelbar aus Art. 3 Abs. 2 GG der Grundsatz der Gesamtvertretung hergeleitet. Da die Gesamtvertretung keineswegs die einzige mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbare Regelung der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger ist [2], zeigt dieses Beispiel, daß die Kassation die nach der Verfassung nächstliegende Regelung in Kraft setzen und auch insofern positiv gestaltend wirken kann.

3. Schließlich eignet sich die Form der Kassation auch zu positiver Gestaltung, indem durch die Streichung einzelner Worte oder Satzteile der bisher geltenden Regelung ein völlig anderer Inhalt gegeben wird. Als Beispiel wäre etwa der Fall zu nennen, daß durch die Nichtigerklärung des Wortes "nicht" der Inhalt des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt wird.

---

1) BVerfGE 10, 59 ff.
2) BVerfGE 10, 59 (89)

II. Es fragt sich nun, ob das Bundesverfassungsgericht mit Hilfe dieser positiven Gestaltungswirkung generell in die Lage versetzt wird, bei der abstrakten Rechtskontrolle auch positiv verpflichtende Verfassungsbefehle zu verwirklichen. Diese Frage muß aus folgenden Gründen verneint werden:

1. Zunächst einmal setzt die positive Gestaltung durch Kassation eine rechtliche Regelung voraus, die nur durch Streichungen die erstrebte positive Gestaltung ermöglicht. Diese "Streichungen" brauchen sich zwar nicht unbedingt auf Worte oder Satzteile beziehen: Der zu kassierende Teil kann auch vom kassierenden Organ formuliert und die verfassungswidrige Regelung dann "insoweit" für nichtig erklärt werden. Immer aber kann die positive Gestaltung nur durch Einschränkungen, sei es des Wortlauts, sei es des Inhalts der bisherigen Regelung, erreicht werden. Da es aber nur in seltenen Ausnahmefällen möglich sein wird, nur durch Streichungen eine der Verfassung entsprechende positive Regelung zu gestalten, ist die Verwirklichung positiv verpflichtender Verfassungsbefehle durch positiv gestaltende Kassation schon vom Sachverhalt her auf Ausnahmefälle begrenzt.

2. Zum anderen ist die positive Gestaltung durch Kassation deshalb generell bedenklich, weil durch sie eine ganz bestimmte Regelung in Kraft gesetzt würde. Da die Verfassung den Gesetzgeber in den meisten Fällen nicht zum Erlaß einer genau bestimmten Regelung verpflichtet, sondern ihm einen gewissen Spielraum läßt, liegt in der positiven Gestaltung durch das Bundesverfassungsgericht regelmäßig ein Eingriff in die Kompetenz des Gesetzgebers. Denn es steht einem Gericht nicht zu, von mehreren (verfassungs-)rechtlich zulässigen Regelungen die z.B. unter politischen oder weltanschaulichen Gesichtspunkten zweckmäßigste auszuwählen.

III. Kann die Verfassung somit durch die verfassungsgerichtliche Kassation nicht in vollem Umfange durchgesetzt werden, so ist zu prüfen, ob dem Bundesverfassungsgericht bei der abstrakten Rechtskontrolle weitere Entscheidungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, oder ob das Bundesverfassungsgericht hier nur insoweit zur Verwirklichung der Verfassung berufen ist, als dies im Wege der Kassation möglich ist. Diese Prüfung soll in den folgenden Abschnitten durchgeführt werden.

3. ABSCHNITT

ANWENDUNGSBEREICH UND MÖGLICHER INHALT NICHT-KASSATORISCHER ENTSCHEIDUNGEN

1. Kapitel

Wann kann ein verfassungswidriger Zustand nicht durch Kassation behoben werden?

Aus den bisherigen Ausführungen geht schon hervor, daß die abstrakte Rechtskontrolle lückenhaft bleiben muß, wenn das Bundesverfassungsgericht nur die Kassation einer Norm aussprechen darf. Nunmehr sind diese Lücken anhand von Beispielen näher zu beschreiben. Dabei lassen sich im wesentlichen folgende drei Fallgruppen unterscheiden:

1. Es besteht ein verfassungswidriger Zustand, ohne daß eine Regelung vorhanden wäre, die für nichtig erklärt werden könnte.

Diese Konstellation kann sich vor allem dann ergeben, wenn der Gesetzgeber einen Befehl des Grundgesetzes zum Tätigwerden nicht befolgt. Eine solche an den Gesetzgeber gerichtete Befehlsnorm enthält etwa die Vorschrift des Art. 131 GG, nach der die Rechtsverhältnisse der im einzelnen bezeichneten Personen durch Bundesgesetz zu regeln sind. Als weiteres Beispiel ist hier auch die Vorschrift des Art. 21 Abs. 3 GG zu nennen, die den Gesetzgeber zum Erlaß eines Parteiengesetzes verpflichtet [1]. In derartigen Verfassungsbestimmungen müssen mit der h.M. [2] nicht nur Programmsätze, sondern echte Gebotsnormen gesehen werden.

Bleibt nun der Gesetzgeber entgegen einem solchen Verfassungsbefehl absolut untätig, so fehlt es an einer Regelung, die kassiert werden könnte. Damit entfällt hier auch die Möglichkeit, diese Verfassungsbefehle im Wege der Kassation verfassungsgerichtlich durchzusetzen.

---

1) Einen Gesetzgebungsauftrag und nicht nur eine Regelungsbefugnis sehen in Art. 21 Abs. 3 GG: Maunz-Dürig, Art. 21 GG, Randz. 47 ff.; Wernicke, Bonner Kommentar, Art. 21, Erl. II 3; v. Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Art. 21 GG, Anm. VIII. Zweifelnd Henke, DÖV 1958, 646 ff. (651).

2) Dazu ausführlich und mit Nachweisen: Seiwerth, Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen, S. 82 ff. Vgl. zur Rechtssatzqualität des Art. 131 GG außerdem BVerfGE 3, 58 (133 ff.); 6, 246 (255); 6, 257 (263 ff.); 6, 282 (289 f.).

2. Als weitere Gruppe sollen die Fälle betrachtet werden, in denen zwar eine Regelung vorhanden ist, die für nichtig erklärt werden könnte, der verfassungswidrige Zustand durch eine Nichtigerklärung dieser Regelung jedoch nicht zu beseitigen ist. Diese Gestaltung wird vor allem bei teilweiser Unterlassung des Gesetzgebers eintreten. So z.B. wenn der Gesetzgeber eine Regelung nur für einen Teil der von Art. 131 GG erfaßten Personen trifft [3], oder wenn die unehelichen Kinder nur in einem hinter Art. 6 Abs. 5 GG zurückbleibenden Umfang den ehelichen gleichgestellt werden. Weiter liegt teilweises Unterlassen etwa vor, wenn das den Beamten durch Art. 33 Abs. 5 GG garantierte Recht auf angemessenen Lebensunterhalt verletzt wird, indem die durch eine Geldentwertung unzureichend gewordene Besoldung nur in zu geringem Umfang oder nur für einen Teil der Beamten verbessert wird [4].

In allen diesen Fällen wird der verfassungswidrige Zustand durch eine Kassation der positiven Teilregelung nicht beseitigt. Eine solche Kassation würde im Gegenteil bewirken, daß der nach dem Spruch des Bundesverfassungsgerichts bestehende Rechtszustand noch weniger dem von der Verfassung erstrebten Ziel entsprechen würde als die Teilregelung, die die Forderungen der Verfassung immerhin teilweise erfüllt. Da also der verfassungswidrige Zustand in diesen Fällen durch eine negative Gestaltung nicht beseitigt, sondern im Gegenteil sogar verschlimmert werden würde, erscheint eine Kassation bedenklich, auch wenn sie im Grunde nur das Ziel verfolgt, den Gesetzgeber zur Schaffung einer verfassungsgemäßen Regelung zu veranlassen. Damit besteht auch für diese Fälle ein Bedürfnis nach weiteren Entscheidungsmöglichkeiten.

3. Bedenken gegen eine strenge Beschränkung des Bundesverfassungsgerichts auf negativ wirkende Entscheidungen tauchen aber auch bei näherer Untersuchung einer weiteren Fallgruppe auf:

Wenn vom materiellen Verfassungsrecht her ein verfassungsmäßiger Zustand sowohl durch Beseitigung einer verfassungswidrigen Regelung, als auch durch ihre Ergänzung oder Abänderung hergestellt werden kann, fragt es sich, ob es richtig ist, stets die ersatzlose Beseitigung des bisher Bestehenden anzustreben. Insbesondere wenn die Kassation des bisher geltenden Gesetzes eine erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen würde, ist es zweifelhaft, ob die ersatzlose Beseitigung der bisher maßgebenden Normen immer der richtige Weg zur Herstellung eines der Verfassung entsprechenden Zustandes ist.

Bedenken bestehen aber auch, wenn eine für die Allgemeinheit geltende Regel

---

3) Vgl. BVerfGE 6, 246 ff.; 6, 282 ff.
4) BVerfGE 8, 1 (10 ff.)

nur deshalb aufgehoben werden müßte, weil eine kleine Personengruppe nicht von ihr erfaßt wird. Würde etwa ein Gesetz unter Verletzung des Gleichheitssatzes allen Bundesbeamten mit Ausnahme der Postbeamten ein Weihnachtsgeld zuerkennen, so wäre zu unterscheiden:

a) Würde das betr. Gesetz etwa lauten: "Alle Bundesbeamten mit Ausnahme der Postbeamten erhalten 100 DM Weihnachtsgeld", so könnte eine Kassation der gesamten Weihnachtsgeldregelung evtl. [5] dadurch vermieden werden, daß nur die Ausnahmeregelung kassiert wird.

b) Bei einer die Postbeamten nicht erwähnenden Enumeration der bedachten Personen käme dagegen von vornherein nur die Kassation der Gesamtregelung in Betracht.

Um dieses mit der Forderung nach Rechtssicherheit nicht ohne weiteres zu vereinbarende Ergebnis zu vermeiden, erscheint es auch hier geboten, das Bundesverfassungsgericht nicht auf kassierende Entscheidungsaussprüche zu beschränken.

2. Kapitel

Welche nicht-kassatorischen Entscheidungen sind bei der abstrakten Rechtskontrolle denkbar ?

1. Ist ein Verpflichtungsausspruch möglich?

Es könnte daran gedacht werden, über einen an den Gesetzgeber gerichteten Verpflichtungsausspruch eine positive Gestaltung der Rechtslage zu erwirken. Ähnlich wie bei der verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage [1] wäre bei einem derartigen Verpflichtungsausspruch nach der Spruchreife zu unterscheiden:

a) Bleibt vom materiellen Verfassungsrecht her nur eine Möglichkeit, zu einer verfassungsmäßigen Rechtslage zu gelangen, so wäre zunächst zu prüfen, ob diese einzig der Verfassung entsprechende Rechtslage vom Bundesverfassungsgericht durch negative Gestaltung, etwa im Wege der Nichtigerklärung einer Ausnahmevorschrift hergestellt werden könnte. Wäre dieser Weg nicht gangbar, so müßte das Bundesverfassungsgericht die Legislative zum Erlaß der erforderlichen Ergänzung verurteilen.

---

5) Vgl. dazu oben S. 21

1) Vgl. § 113 Abs. 4 S. 1 u. 2 VwGO

Würde also z.B. der Gleichheitssatz dadurch verletzt, daß ein Gesetz die Personengruppe A gegenüber der Gruppe B durch Gewährung einer unentziehbaren Begünstigung bevorzugt, so könnte dem Gleichheitssatz infolge der Unentziehbarkeit der Begünstigung nur durch ihre Ausdehnung auf die Gruppe B Rechnung getragen werden [2]. Diese Ausdehnung wäre dann je nach der Formulierung [3] des begünstigenden Gesetzes entweder durch Kassation der die Gruppe B ausnehmenden Einzelvorschriften, oder aber durch einen Ausspruch zu erzielen, nach dem der Gesetzgeber zur Erstreckung der Begünstigung auf die Gruppe B verurteilt wird.

b) Kann ein verfassungswidriger Zustand nur durch Tätigwerden des Gesetzgebers gehoben werden und bestehen mehrere Möglichkeiten, die in Frage stehende Materie in verfassungsmäßiger Weise neu zu regeln, so könnte das Bundesverfassungsgericht mangels Spruchreife nur eine Verpflichtung der Legislative zur Neuregelung der betr. Materie aussprechen.

Ein solcher Ausspruch käme z.B. in Betracht, wenn der Gesetzgeber die Art. 6 Abs. 5 oder 131 GG durch absolute Untätigkeit verletzen würde.

c) Zur Frage der Zulässigkeit eines derartigen verfassungsgerichtlichen Verpflichtungsausspruchs ist folgendes auszuführen:

Das BVerfGG sieht an sich auch Leistungsaussprüche i.w.S. vor. So kann z.B. bei den nicht-verfassungsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Ländern und zwischen Bund und Ländern (§ 71 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 BVerfGG) auf die Verpflichtung erkannt werden, eine Maßnahme zu unterlassen, rückgängig zu machen, durchzuführen oder zu dulden, sowie auf die Verpflichtung, eine Leistung zu erbringen (§ 72 Abs. 1 Ziff. 2 und 3 BVerfGG). Soweit das Bundesverfassungsgericht jedoch über die Vereinbarkeit von Handlungen der Länder- oder Bundesorgane m i t d e r V e r f a s s u n g zu entscheiden hat, ist in keinem Fall ein verpflichtender Entscheidungsausspruch vorgesehen [4]. Daß diese Nichterwähnung eines Verpflichtungsausspruchs rein zufällig ist, kann bei der verfassungspolitischen Bedeutung der Entscheidungsmöglichkeiten eines Verfassungsgerichts nicht angenommen werden. Denn die Stellung eines Verfassungsgerichts im Verhältnis zu den anderen Staatsorganen resultiert nicht nur aus Art und Umfang der ihm zur Entscheidung zugewiesenen Rechtsfragen, sondern wesentlich auch aus der Art und Wirkung seiner Entscheidungen. Die Nichtaufnahme des Verpflichtungsausspruchs in den Katalog der Entscheidungsmöglichkeiten muß daher als grundsätzliche Entschei-

2) Ein Sachverhalt dieser Art lag z.B. der Entscheidung BVerfGE 4, 219 ff. zugrunde.

3) Vgl. oben, S. 21

4) Vgl. z.B. §§ 67, 69, 72 Abs. 2, 74, 78, 95 Abs. 1 BVerfGG

dung des Gesetzgebers angesehen werden, die im Wege der Interpretation nicht abgeändert werden kann.

Dieses Ergebnis wird durch die speziellen Vorschriften über die Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff. BVerfGG) bestätigt: Auch wenn Verwaltungsentscheidungen angegriffen werden, ist ein Verpflichtungsausspruch unzulässig [5]. Diese Regelung kann nicht nur damit erklärt werden, daß das BVerfG hier auf die Prüfung von Grundrechtsverletzungen beschränkt ist [6]. Denn dadurch wird im Vergleich zur verwaltungsgerichtlichen Verpflichtungsklage lediglich der Ermessensbereich erweitert, eine dem § 113 Abs. 4 S. 1 VwGO entsprechende Entscheidung aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen [7].

Für einen Verpflichtungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts ist also bei der abstrakten Rechtskontrolle kein Raum [8].

2. Positiv gestaltende Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen?

Als weitere Entscheidungsmöglichkeit ist an eine auch formell positiv gestaltende Entscheidung zu denken, eine Entscheidung also, durch die nicht nur im Wege der Kassation Recht gesetzt wird, sondern durch die auch der Form nach neue Rechtsnormen geschaffen werden. Eine solche reformatorische Entscheidung müßte etwa lauten: "Es wird festgestellt, daß § ... des ....-Gesetzes folgenden Wortlaut hat: ...". Dieser an sich feststellende Entscheidungsausspruch könnte Gestaltungswirkung erhalten, indem ihm Gesetzeskraft beigelegt würde.

Würde ein Gesetz also etwa den Gruppen A und B unentziehbare Begünstigungen zusprechen, so könnte eine in der Nichterwähnung der Gruppe C liegende Verletzung des Gleichheitssatzes dadurch beseitigt werden, daß mit Gesetzeskraft festgestellt würde: "Das ...-Gesetz hat folgenden Wortlaut: Die Gruppen A, B und C erhalten die X-Begünstigung." Eine solche Entscheidung käme natürlich nur dann in Betracht, wenn - wie hier - ein verfassungsmäßiger Zustand nur durch gerade diese positive Gestaltung zu erreichen wäre, wenn also für eine Ermessensentscheidung [9] des Gesetzgebers kein Raum mehr wäre ("Spruchreife").

Die Ermessenssphäre des Gesetzgebers würde also durch eine derartige reformatori-

---

5) Vgl. § 95 Abs. 1 u. 2 BVerfGG, sowie BVerfGE 7, 99 (106)

6) So Lechner, NJW 1955, 1817 ff. (1819)

7) Vgl. das oben auf S. 24 angeführte Beispiel

8) So auch BVerfGE 6, 257 (265)

9) Da sich der Begriff des "gesetzgeberischen Ermessens" eingebürgert hat, soll er trotz der gegen ihn bestehenden Bedenken (vgl. Maunz-Dürig, Art. 20 GG, Randz. 117 ff., mit Nachweisen) im folgenden verwendet werden.

sche Bundesverfassungsgerichtsentscheidung nicht beeinträchtigt. Bedenken erwachsen jedoch aus der verfahrensrechtlichen Regelung des BVerfGG im Zusammenhang mit der Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verfassungsgefüge: Ähnlich wie beim Problem der Zulässigkeit eines Verpflichtungsausspruchs [10] spricht auch hier die Bedeutung des Entscheidungsausspruchs im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Stellung des BVerfG entscheidend gegen die Zulässigkeit eines nicht ausdrücklich vorgesehenen Tenors. Zwar kennt das BVerfGG in den hier einschlägigen Verfahrensarten mit der Nichtigerklärung auch einen gestaltenden Entscheidungsausspruch, mit dem materiell in gewissen Fällen sogar positiv gestaltet werden kann [11]. Doch können die rechtspolitischen Erwägungen, die zur Schaffung eines solchen formell nur negativ gestaltenden Ausspruchs geführt haben, in keiner Weise für die Zulässigkeit eines formell positiv gestaltenden Tenors ins Feld geführt werden. Denn als Alternative zur Nichtigerklärung wäre für die Schöpfer des BVerfGG nur ein Ausspruch in Betracht gekommen, der den Gesetzgeber zur Aufhebung eines verfassungswidrigen Gesetzes verpflichtet hätte. Da eine kassatorische Tätigkeit durchaus im Funktionsbereich eines Gerichts liegt, der verfassungswidrige Zustand also auch unmittelbar durch das Gericht beseitigt werden kann, wäre die Heilung der Verfassungswidrigkeit über einen Verpflichtungsausspruch ein unpraktischer und bedenklicher Umweg gewesen [12]. Anders bei der formell reformatorischen Entscheidung: Hier würde das Bundesverfassungsgericht mit der positiven Festlegung eines Gesetzeswortlauts, der dann später ausgelegt werden müßte, den Funktionsbereich eines Gerichts verlassen. Eine Parallele zur Nichtigerklärung kann deshalb nicht gezogen werden.

Im Ergebnis ist daher der Rechtsprechung [13] zuzustimmen, nach der es einem Gericht verwehrt ist, einen Gesetzeswortlaut durch formell positive Gestaltung zu ergänzen oder abzuändern.

3. Rein feststellende Entscheidungen?

Da also verpflichtende und unmittelbar positiv gestaltende Entscheidungen von vornherein unzulässig sind, bleibt zu untersuchen, ob neben die Kassation nicht vielleicht eine rein feststellende Entscheidung treten könnte. Eine solche Feststellung hätte im Gegensatz zur Kassation keinerlei gestaltende Wirkung. Der verfassungswidrige Zustand würde durch sie also nicht behoben. Die Beseitigung der

---

10) S. o. Seite 24 ff.

11) S. o. Seite 19 ff.

12) Vgl. Kelsen, VVdStRL 5, 30 ff. (53)

13) Vgl. z.B. BVerfGE 1, 14 (65 f.); 2, 380 (405 f.); 3, 19 (29); 3, 58 (136). Weiter: VGH Stuttgart, Verwaltungsrechtsprechung 4, 440 (447); BayVerfGHE 3, 109 (115)

Verfassungswidrigkeit einer Regelung bliebe vielmehr der Legislative überlassen. Andererseits würde ein solcher Ausspruch aber nicht nur eine rein theoretische Deklaration darstellen. Denn in einem Rechtsstaat darf und muß davon ausgegangen werden, daß die einzelnen Staatsorgane der Verfassung gemäß handeln und demgemäß auch die Entscheidung des zur Auslegung der Verfassung berufenen Verfassungsgerichts achten. In Beziehung auf eine rein feststellende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bedeutet das, daß ihre loyale Beachtung durch den Gesetzgeber vorausgesetzt werden kann, wodurch das feststellende Erkenntnis faktisch dann doch eine gewisse verpflichtende Wirkung entfaltet [14].

Da mit einer solchen Feststellungsentscheidung grundsätzlich auch verfassungswidrige Zustände erfaßt werden können, die mit der Kassation nicht oder nur unter Bedenken [15] zu beseitigen sind und da die Zulässigkeit einer derartigen Feststellung nicht von vornherein verneint werden kann, soll im folgenden ausführlich geprüft werden, ob bzw. inwieweit das BVerfGG für diesen Entscheidungsausspruch Raum läßt [16]. Dabei ist zuerst zu fragen, ob ein solches feststellendes Erkenntnis in der Form der Feststellung eines verfassungswidrigen Unterlassens des Gesetzgebers ergehen kann.

---

14) BVerfGE 6, 257 (266) und 8, 1 (20)

15) Vgl. die oben im 1. Kapitel (S. 22 ff.) genannten Fälle

16) Daneben wäre an sich noch zu prüfen, ob nicht als weitere Entscheidungsmöglichkeit eine ausschließlich ex nune wirkende Kassation zulässig ist. Eine solche Entscheidung würde in den Fällen befriedigen, in denen gegen die normale, rückwirkende Kassation aus Gründen der Rechtssicherheit erhebliche Bedenken bestehen. Da sie aber eben nur für diese Fälle eine Lösung bringen würde, soll die Frage ihrer Zulässigkeit nicht näher untersucht werden.

4. ABSCHNITT

IST BEI DER ABSTRAKTEN RECHTSKONTROLLE DIE FESTSTELLUNG EINES VERFASSUNGSWIDRIGEN UNTERLASSENS DES GESETZGEBERS ZULÄSSIG?

1. Kapitel

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

I. Die Rechtsprechung über die Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich hauptsächlich im Verfahren der Verfassungsbeschwerde mit dem Problem zu befassen, ob es dem Gesetzgeber gegenüber auf die Kassation von Normen beschränkt ist, oder ob ihm daneben nicht noch weitere Maßnahmen zur Durchsetzung des Grundgesetzes zustehen. Das Bundesverfassungsgericht sah das Problem unter dem Gesichtspunkt, ob eine Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers zulässig ist.

1. In E 1, 97 (100 f.) führt das Bundesverfassungsgericht aus, bei den Unterlassungen i.S.d. § 95 BVerfGG könne es sich regelmäßig nur um die Unterlassung von Handlungen der verwaltenden und rechtsprechenden Instanzen handeln, nicht aber um Unterlassungen des Gesetzgebers. Dies ergäbe sich einmal daraus, daß § 95 BVerfGG keine Regelung über die Folgen einer Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers enthalte, zum anderen aber aus dem Umstand, daß der einzelne Staatsbürger grundsätzlich keinen gerichtlich verfolgbaren Anspruch auf ein Handeln des Gesetzgebers haben könne, wenn anders nicht eine vom Grundgesetz schwerlich gewollte Schwächung der gesetzgebenden Gewalt erfolgen solle [1].

Unter Berufung auf diese Entscheidung wird auch in BVerfGE 2, 237 (244) und 2, 287 (291) eine Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassungen des Gesetzgebers nicht zugelassen. In der letztgenannten Entscheidung heißt es z.B. lapidar: "Unterlassungen des Gesetzgebers können aber, wie das Bundesverfassungsgericht schon mehrfach entschieden hat (vgl. insbesondere BVerfGE 1, 97, 100 f.), mit der Verfassungsbeschwerde nicht angegriffen werden. Deshalb ist die Verfassungsbeschwerde auch insoweit unzulässig."

---

1) Ähnlich auch VGH Württemberg-Baden, DÖV 53, 639 f.; StGH Hessen, Beschl. v. 29.10.1954 (PSt 183), mitgeteilt von Lesser, JZ 1956, 157 unter 3

2. Das materiellrechtliche Argument, daß der einzelne Bürger kein Recht auf Handeln des Gesetzgebers haben könne, hält das Bundesverfassungsgericht schon in E 3, 58 (158) und E 3, 383 (399) nicht mehr aufrecht. Dort wird nämlich - mit dem Ziel der Nichtigerklärung der bestehenden Regelung - im Verfahren der Verfassungsbeschwerde geprüft, ob ein verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers vorliegt. Eine solche Prüfung ist aber im Verfassungsbeschwerde-Verfahren nur dann sinnvoll, wenn vorausgesetzt wird, daß der Bürger ein mit der Verfassungsbeschwerde durchsetzbares Recht auf Handeln des Gesetzgebers habe.

3. In BVerfGE 6, 257 (264 ff.) wird erstmals ausgesprochen, daß im Verfassungsbeschwerde-Verfahren neben der Nichtigerklärung auch eine Entscheidung zulässig sei, die bei Unterlassungen des Gesetzgebers lediglich feststellt, daß z.B. das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG verletzt worden ist. Bei der Begründung führt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich aus, daß sich aus der Fassung des § 95 BVerfGG keine durchschlagenden Bedenken gegen diese Auffassung herleiten ließen. Damit wird also anerkannt, daß auch das in BVerfGE 1, 97 (100 f.) angezogene formellrechtliche Argument gegen eine feststellende Entscheidung nicht überzeugen kann.

Über die quasi-verpflichtende Wirkung der feststellenden Entscheidung gegenüber dem Gesetzgeber wird in E 6, 257 ff. [2] im einzelnen folgendes gesagt: Besteht eine gesetzliche Teilregelung, so läßt die Feststellungsentscheidung dem Gesetzgeber grundsätzlich zwei Wege für die Herstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes offen: Einmal die Ausdehnung der bestehenden Teilregelung auf die bisher in verfassungswidriger Weise nicht berücksichtigten Gebiete, zum anderen die völlige Neuregelung des in Frage stehenden Bereichs unter Aufhebung der bestehenden Teilregelung.

4. Während das Bundesverfassungsgericht in E 6, 257 ff. noch allgemein von einer feststellenden Entscheidung spricht und den Inhalt der Feststellung noch nicht klar festlegt, enthält E 8, 1 (19 f.) [3] dazu eindeutige Ausführungen: Die Feststellung soll dahin gehen, daß der Gesetzgeber durch das Unterlassen bestimmter gesetzgeberischer Maßnahmen das Grundgesetz verletzt hat.

In der Folge erwähnt das Bundesverfassungsgericht mehrfach neben der Nichtigerklärung die Entscheidungsmöglichkeit, die Verfassungswidrigkeit des gesetzgeberischen Unterlassens festzustellen [4].

---

2) Vgl. insbesondere S. 265 (unten)
3) Vgl. auch den Tenor auf S. 2 der Entscheidung
4) BVerfGE 9, 338 (342); 10, 302 (329); 11, 255 (261 f.)

Dagegen spricht der Beschluß vom 11. 10. 1962 [5] von der Möglichkeit, festzustellen, daß die Nichtberücksichtigung einzelner Gruppen verfassungswidrig sei. Da sich der Beschluß jedoch nicht auf den Inhalt der feststellenden Entscheidung bezieht, darf angenommen werden, daß auch hier eine Entscheidung gemeint ist, wie sie in BVerfGE 8, 1 (19 f.) erlassen wurde.

5. In BVerfGE 15, 46 (59 ff., 75 ff.) wird entschieden, daß eine solche Feststellungsentscheidung nicht nur bei unmittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerden zulässig sei, sondern auch bei Verfassungsbeschwerden, mit denen Entscheidungen i. S. d. §§ 93 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG angegriffen werden. Ist hier die Verfassungsbeschwerde begründet, so stellt das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit der gesetzgeberischen Unterlassung fest und hebt daneben die angegriffene Entscheidung auf. Nachdem der Gesetzgeber aufgrund des die Unterlassung feststellenden Ausspruchs tätig geworden ist, soll dann der Richter, der die angegriffene Entscheidung erlassen hat, eine neue Entscheidung treffen und dabei die vom Gesetzgeber neu erlassene Regelung auf den anhängigen Fall anwenden.

6. Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß das Bundesverfassungsgericht im Verfassungsbeschwerde-Verfahren neuerdings in ständiger Rechtsprechung neben der Nichtigerklärung eine Entscheidung zuläßt, die feststellt, daß ein Unterlassen des Gesetzgebers verfassungswidrig sei.

Über die Voraussetzungen dieser Feststellungsentscheidung läßt sich aus der Rechtsprechung folgendes entnehmen:

a) Eine Verfassungsbeschwerde, mit der unmittelbar ein Unterlassen des Gesetzgebers gerügt wird, kann erhoben werden, solange die Unterlassung andauert [6]. Ist die Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen eine "Entscheidung" gerichtet, so ist nur die Frist des § 93 Abs. 1 BVerfGG einzuhalten.

b) Voraussetzung für eine Feststellungsentscheidung ist, daß ein den Gesetzgeber treffendes Gebot des Grundgesetzes zum Handeln verletzt wurde. Die vom Bundesverfassungsgericht [7] gebrauchte Formel, daß ein ausdrücklicher Auftrag des Grundgesetzes vorliegen müsse, der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht näher umgrenze, ist im Hinblick auf die sich aus dem Gleichheitssatz ergebenden Pflichten zu gesetzgeberischem Handeln [8] wohl zu eng gefaßt.

5) BVerfGE 14, 308 (311)
6) BVerfGE 6, 257 (266); 11, 255 (261)
7) E 12, 139 (142); 6, 257 (264)
8) Vgl. BVerfGE 9, 338 (342); 8, 1 (9 f.); 14, 308 (312)

Als Gebot, das zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Unterlassung führen könnte, wird jedoch nicht die Pflicht des Gesetzgebers angesehen, vorkonstitutionelles Recht mit der Verfassung in Einklang zu bringen [9].

c) Ist eine positive Teilregelung zu beurteilen, so muß die Zulässigkeit der Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens nach zwei Richtungen hin besonders festgelegt werden: Einmal muß eine Abgrenzung gegenüber der positiv gestaltenden Nichtigerklärung gefunden werden, die die Teilregelung ausdehnt, zum anderen muß gegenüber der Nichtigerklärung abgegrenzt werden, die die Teilregelung beseitigt.

aa) Zur Abgrenzung gegenüber der positiv gestaltenden Nichtigerklärung liegt eine umfangreiche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts vor. Danach kommt eine Ausdehnung der Teilregelung durch Spruch des BVerfG nur dann in Betracht, wenn mit Sicherheit angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber, hätte er die Verfassungswidrigkeit seiner Regelung erkannt, die durch die positiv gestaltende Nichtigerklärung entstehende Fassung gewählt hätte [10].

Die Ausführungen in BVerfGE 8, 28 (37) und E 9, 338 (342) sind wohl so zu verstehen, daß dies für belastende Teilregelungen ebenso gilt, wie für begünstigende. Anders wäre jedenfalls die in BVerfGE 12, 10 ff. getroffene Entscheidung nicht zu verstehen, durch die das Unterschriftenquorum bei Wahlvorschlägen (Belastung!) auf politische Parteien ausgedehnt wurde.

bb) Demgegenüber befassen sich nur wenige Entscheidungen mit der Abgrenzung gegenüber einer Nichtigerklärung der positiven Teilregelung.

In BVerfGE 6, 257 (264 f.) wird dazu ausgeführt, eine Nichtigerklärung der positiven Teilregelung sei jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn der Verfassungsauftrag wegen des Umfangs der zu regelnden Materie offensichtlich nicht ein einheitliches Gesetz verlange, sondern zeitlich einander folgende Teilregelungen zulasse.

Aus BVerfGE 8, 1 (19) [11] läßt sich der Grundsatz entnehmen, daß eine Teilregelung dann nicht für nichtig erklärt werden darf, wenn diese Nichtigerklärung einen Zustand herbeiführen würde, welcher der verfassungsmäßigen Ordnung noch

---

9) BVerfGE 11, 255 (261). Vgl. auch BVerfGE 12, 281 (296)

10) Vgl. z.B. BVerfGE 4, 219 (250); 6, 273 ff. i. Verb. m. 8, 28 (36 f.); 9, 250 (255); 12, 10 ff.; 13, 31 (39); 14, 308 (312)

11) Vgl. auch S. 9 u. 10 dieser Entscheidung, wo die Abgrenzung zwischen Nichtigerklärung der positiven Teilregelung und Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens offen gelassen wird.

weniger entsprechen würde als der bisherige. So wäre z.B. im dort entschiedenen Fall durch die Nichtigerklärung einer unzureichend gewordenen Besoldungsregelung zusätzlich noch das sich aus Art. 33 Abs. 5 GG ergebende Recht auf generelle gesetzliche Besoldungsregelung verletzt worden.

In der Entscheidung BVerfGE 9, 338 (342) hatte das Bundesverfassungsgericht darüber zu befinden, ob der Gleichheitssatz dadurch verletzt war, daß für die Ausübung des Hebammenberufs eine Altersgrenze (70 Jahre) festgesetzt war, während für Ärzte eine solche Beschränkung nicht bestand. Das Bundesverfassungsgericht entschied, daß in einem solchen Falle die Nichtigerklärung der Regelung über die Altersgrenze für Hebammen begehrt werden könne. Daß hier u.U. auch die Feststellung in Betracht komme, die unterlassene Ausdehnung der Altersgrenze auf Ärzte sei verfassungswidrig, stehe der Nichtigerklärung nicht entgegen.

II. Aus den Gründen der Entscheidungen BVerfGE 8, 28 ff. und 14, 308 ff. läßt sich die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts entnehmen, daß im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG nur kassiert werden könne. Die Feststellung einer gesetzgeberischen Unterlassung soll in dieser Verfahrensart also nicht möglich sein. Soweit ein gesetzgeberisches Unterlassen geltend gemacht wird, das nicht über die Beseitigung oder Ausdehnung einer Teilregelung durch Nichtigerklärung behoben werden kann - wobei die oben [12] bei der Verfassungsbeschwerde dargestellten Grenzen zu beachten sind -, soll die Vorlage als unzulässig verworfen werden.

III. In den übrigen für die abstrakte Rechtskontrolle in Betracht kommenden Verfahrensarten hatte das Bundesverfassungsgericht noch keine Gelegenheit, über die Zulässigkeit der Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens zu entscheiden.

Von Interesse ist in diesem Zusammenhang aber die Entscheidung des StGH Bremen vom 17. 2. 1958 (St 2/1957) [13], die in einer mit der "abstrakten Normenkontrolle" nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG [14] in etwa vergleichbaren Verfahrensart erging. Der StGH führt dort aus, das Wie und Wann der Ausführung eines Verfassungsauftrags stehe grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers. Es seien allerdings Fälle denkbar, in denen der Gesetzgeber die Erfüllung eines ihm von der Verfassung erteilten Regelungsauftrags ungebührlich verzögere. In diesen Fällen könnte die Entscheidungszuständigkeit des StGH gegeben sein. Einem Antrag an den StGH auf Feststellung eines solchen gesetzgeberischen Unterlassens fehle aber das Rechtsschutzbedürfnis, wenn er von Abgeordneten gestellt werde, die in der Bremischen Bürgerschaft noch keine entsprechende Gesetzesvorlage eingebracht hätten.

---

12) S. 32

13) Teilweise abgedruckt in DVBl 1958, 249 f.

14) In Verb. m. §§ 76 ff. BVerfGG

2. Kapitel

Die Auffassung Langes

Lange befaßt sich in seinem Aufsatz "Die Frage der Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden gegen Gesetze" [1] mit der Abgrenzung zwischen der Nichtigerklärung und der Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens. Er untersucht dabei die Fälle, in denen eine positive Regelung gegen den Gleichheitssatz verstößt und in denen eine Gleichbehandlung sowohl durch die Beseitigung der vorhandenen Regelung als auch durch ihre Erstreckung auf alle nach Art. 3 GG gleich zu behandelnden Gruppen erzielt werden kann. [2]

Für den Entscheidungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich dabei die Fragestellung, ob die positive Regelung für nichtig erklärt werden muß, oder ob sie auf weitere Fallgruppen auszudehnen ist. Für eine solche Ausdehnung kommen technisch zwei Möglichkeiten in Betracht: Einmal die Nichtigerklärung einer Ausnahmevorschrift [3], wenn die vorhandene Regelung die betr. Fallgruppen ausdrücklich ausnimmt, zum anderen die Feststellung eines gesetzgeberischen Unterlassens, wenn sich die Nichtberücksichtigung der betr. Gruppe aus ihrer Nichterwähnung in der positiven Regelung ergibt.

Lange sucht das Problem unter dem Gesichtspunkt des Eingriffs in den Ermessensbereich des Gesetzgebers zu lösen. Er geht davon aus, daß es grundsätzlich im Ermessen des Gesetzgebers stehe, dem Gleichheitssatz durch Beseitigung oder Ausdehnung einer konkreten Regelung Rechnung zu tragen. Erkenne das Bundesverfassungsgericht auf die Nichtigerklärung der gesamten Regelung bzw. auf die Nichtigerklärung einer Ausnahmevorschrift oder die Feststellung eines gesetzgeberischen Unterlassens, so entscheide es aber über die Beseitigung bzw. Ausdehnung der positiven Regelung. Wenn das Bundesverfassungsgericht von sich aus die eine oder die andere Entscheidungsmöglichkeit wähle, so greife es folglich in den Ermessensbereich des Gesetzgebers ein, setze sich also an die Stelle des Gesetzgebers.

---

1) NJW 1962, 417 ff.

2) Diese Konstellation könnte sich etwa ergeben, wenn die Gruppen A, B, C und D z.B. der Feuerwehrsteuer unterworfen würden, die nach Art. 3 GG gleich zu besteuernde Gruppe E jedoch nicht: Hier könnte der Gleichheitssatz sowohl durch die Nichtbesteuerung der Gruppen A bis D, als auch durch die Besteuerung der Gruppe E verwirklicht werden.

3) Hierbei kann es sich hier auch um eine positiv gestaltende Nichtigerklärung handeln, durch die nicht nur die bisherige Regelung beseitigt, sondern eine andere an ihre Stelle gesetzt wird. Vgl. hierzu oben S. 19 ff.

Es geschehe allerdings selten, daß das Bundesverfassungsgericht in die Lage kommen könne, von sich aus über die Ausdehnung oder Beseitigung einer positiven Regelung zu entscheiden. Denn häufig habe bereits der Gesetzgeber bei Erlaß der positiven Regelung eine das Bundesverfassungsgericht bindende Entscheidung darüber getroffen. Dies könne zunächst konkret z.B. dadurch geschehen sein, daß der Gesetzgeber zu erkennen gegeben habe, die getroffene Regelung solle unter allen Umständen aufrecht erhalten bleiben. Die Entscheidung des Gesetzgebers über die Beseitigung oder Ausdehnung eines Gesetzes könne aber auch - abstrakt - dadurch getroffen worden sein, daß ein Regel-Ausnahmeverhältnis geschaffen wurde. In einem solchen Falle sei immer die Regel aufrechtzuerhalten. Werde also z.B. die Allgemeinheit von einer Vorschrift belastet, eine Gruppe unter Verstoß gegen Art. 3 GG hiervon jedoch ausgenommen, so sei die Ausnahme zu beseitigen: Werde die Ausnahme von der Belastung ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, so sei die Ausnahmevorschrift für nichtig zu erklären; ergäbe sich dagegen die Ausnahme daraus, daß die betr. Gruppe bei der Enumeration der Belasteten nicht erwähnt sei, so komme nur die Feststellung verfassungswidrigen Unterlassens in Betracht.

Sofern eine derartige Vorentscheidung des Gesetzgebers über die Ausdehnung oder Beseitigung der positiven Regelung nicht ersichtlich sei, müsse die Verfassungsbeschwerde unzulässig sein. Denn wenn das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung von sich aus treffe, setze es sich an die Stelle des Gesetzgebers. Auf der anderen Seite aber könne das Bundesverfassungsgericht keinen Spruch erlassen, der die Frage der Ausdehnung oder Beseitigung der positiven Teilregelung offen lasse. Eine solche Entscheidung, die lediglich feststellen würde, eine bestimmte Regelung verstoße gegen das Grundgesetz, sei nämlich mit dem BVerfGG nicht zu vereinbaren, da § 95 Abs. 3 BVerfGG eindeutig vorschreibe, daß eine verfassungswidrige Vorschrift für nichtig zu erklären sei.

3. Kapitel

Die Auffassung Seiwerths

Seiwerth befaßt sich in seiner Abhandlung "Zur Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegenüber Grundrechtsverletzungen des Gesetzgebers durch Unterlassen"[1] mit den hier interessierenden Problemen.

---

1) Neue Kölner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 20

I. Seiwerth stellt neben eine auf Nichtigerklärung eines vorhandenen Gesetzes abzielende Verfassungsbeschwerde gegen Handeln des Gesetzgebers eine Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers, mit der regelmäßig ein verfassungswidriges gesetzgeberisches Unterlassen festgestellt werden soll. Als Zulässigkeitsvoraussetzung für eine derartige Verfassungsbeschwerde gegen gesetzgeberisches Unterlassen wird die Behauptung des Beschwerdeführers gefordert, ein konkreter Gesetzgebungsauftrag des Grundgesetzes sei nicht erfüllt worden [2]. Im Gegensatz dazu soll die Berufung auf die allgemeine Bindung der Legislative an das Grundgesetz nicht genügen. Dabei folgt Seiwerth hinsichtlich der allgemeinen Bindung den Ausführungen Hamanns [3] und Ernst von Hippels [4], wonach die Legislative in jedem Fall zumindest an die rechtliche Verpflichtung gebunden sei, die für das Gemeinwohl notwendigen Gesetze so zu erlassen, wie es das Gemeinwohl erfordere. Einen konkreten Gesetzgebungsauftrag nimmt Seiwerth dagegen an, wenn bestimmte, in den Art. 1 bis 19 GG enthaltene Gebotsnormen verletzt wurden.

Die Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen wird also danach getroffen, ob ein Verstoß gegen eine Verbotsnorm oder gegen eine Gebotsnorm des Grundgesetzes vorliegt.

II. Bei der Scheidung der Grundrechtsnormen in gebietende und verbietende Normen geht Seiwerth [5] folgendermaßen vor: Der positive oder negative Befehlsinhalt soll aus dem geistigen Gehalt der einzelnen Verfassungsnormen in der Weise abgeleitet werden, daß gefragt wird, ob es zur Verwirklichung des Verfassungssinnes erforderlich ist, dem Rechtsunterworfenen ein Tun oder Unterlassen aufzuerlegen. Der Gebots- oder Verbotscharakter einer Grundrechtsnorm soll also "aus dem Ideenhintergrund ihres objektiven, auf die Gegenwart bezogenen Verfassungssinnes erschlossen werden" [6]. An Hand dieses Maßstabs untersucht Seiwerth dann die einzelnen Grundrechtsbestimmungen auf ihren positiven oder negativen Befehlsinhalt:

1. Reine Verbotsnormen sieht Seiwerth [7] in den Grundrechtsbestimmungen des negativen Freiheitsstatus. Dazu rechnet er das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), die Freiheit des Glaubens, des Gewissens usw. (Art. 4 Abs. 1 GG), die Mei-

2) A. a. O. S. 36 ff.
3) NJW 55, 969 ff.; Kommentar zum GG, 2. Aufl., Einführung I D 7a
4) Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, S. 400
5) A. a. O. S. 15 ff.
6) A. a. O. S. 48
7) A. a. O. S. 47 ff.

nungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG), die Freiheit von Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 5 Abs. 3 GG), die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 8 u. 9 Abs. 1 GG), die Freiheit des Briefgeheimnisses (Art. 10 GG), die Freiheit des Berufes und der Ausbildung (Art. 12 Abs. 1 GG), sowie die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG). Gegen diese Grundrechte soll der Gesetzgeber also grundsätzlich nur durch Handeln, nicht aber durch Unterlassen verstoßen können.

Eine Ausnahme macht Seiwerth [8] allerdings insoweit, als diese Grundrechte auch gegen Beeinträchtigungen im Privatrechtsverkehr schützen wollen. Insoweit wird aus dem Grundrecht des negativen Freiheitsstatus ein Anspruch gegen den Staat auf positiven Schutz vor Angriffen aus der außerstaatlichen Sphäre hergeleitet, also ein Anspruch auf Handeln des Gesetzgebers.

2. Als weitere Gruppe von Grundrechtsnormen untersucht Seiwerth [9] die sogenannten "reinen Ermächtigungsnormen". Er versteht darunter Verfassungsvorschriften, die zum Erlaß einer gesetzlichen Regelung nur ermächtigen, ohne zugleich zu verpflichten. Sie können jedoch für den Fall, daß von der Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, Bestimmungen über die Ausgestaltung einer möglichen gesetzlichen Regelung enthalten. Bei den "reinen Ermächtigungsnormen" steht also das "Ob" gesetzgeberischen Handelns im Ermessen der Legislative, während für das "Wie" Schranken bestehen können. Als Beispiel nennt Seiwerth die speziellen Gesetzesvorbehalte (vgl. z.B. Art. 2 Abs. 2 S. 3; Art. 5 Abs. 2; Art. 8 Abs. 2 GG), die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG und in gewissem Umfang auch die Entschädigungsregelung des Art. 14 Abs. 3 S. 2 und 3 GG.

In diesen Fällen soll bei Nichtbeachtung der Vorschriften über das "Wie" der gesetzlichen Regelung keine selbständige Unterlassung des Gesetzgebers vorliegen, sondern ein Verstoß gegen das Verbot, von der Ermächtigung anders als mit dem vorgeschriebenen Inhalt Gebrauch zu machen, also ein gesetzgeberisches Handeln.

3. In erster Linie gebietende Funktion erkennt Seiwerth [10] Art. 6 Abs. 5 GG zu. Er hält demgemäß eine Verfassungsbeschwerde für zulässig, mit der festgestellt werden soll, daß der Gesetzgeber verfassungswidrig handle, wenn er es weiterhin unterlasse, das durch Art. 6 Abs. 5 GG gebotene Gleichstellungsgesetz zu verabschieden.

---

8) A. a. O. S. 50 ff.
9) A. a. O. S. 56 ff.
10) A. a. O. S. 76 ff., 93 ff.

4. In Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG sieht Seiwerth [11] eine Norm, die zugleich gebietet und verbietet. Die gebietende Funktion erblickt er vor allem in den aus dieser Vorschrift herzuleitenden sozialen Leistungsverpflichtungen des Staats, zu denen vor allem die Pflicht zur Sicherung des Existenzminimums zählt. Eine Grenze soll diese soziale Leistungsverpflichtung in den sonstigen Verfassungsnormen finden: Mit der Verfassungsbeschwerde sollen keine Handlungen verlangt werden können, die das Parlament bereits von Verfassungs wegen nicht vornehmen kann. So sollen z.B. keine Hilfsmaßnahmen verlangt werden können, für die die erforderlichen Mittel nicht oder nur unter Verstoß gegen Art. 112 GG aufgebracht werden könnten.

Seiwerth geht offenbar davon aus, daß die Verfassungsbeschwerde bei Verletzung des Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG je nach den Umständen des Einzelfalls gegen ein Handeln oder ein Unterlassen zu richten ist. Nach welchen Gesichtspunkten die Abgrenzung im einzelnen zu treffen ist, bleibt aber unerörtert.

5. Zugleich gebietende und verbietende Funktion erkennt Seiwerth [12] auch dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG zu. Hinsichtlich der mit der Verfassungsbeschwerde zu erhebenden Rüge - verfassungswidriges Handeln oder verfassungswidriges Unterlassen - unterscheidet er wie folgt:

a) Sofern durch die unvollständige Erfüllung eines aus einer anderen Norm fließenden Gesetzgebungsauftrags [13] gleichzeitig auch Art. 3 GG verletzt wird, liege ein gesetzgeberisches Unterlassen vor [14].

b) Im Bereich des nur durch Art. 3 GG eingeschränkten freien legislatorischen Handlungsermessens behandelt Seiwerth [15] den Fall, daß begünstigende Regelungen - ausdrücklich oder nicht ausdrücklich - eine Gruppe unter Verstoß gegen Art. 3 GG ausschließen. Er geht davon aus, daß der Einzelne nur ein Rechtsschutzinteresse an der Ausdehnung der Begünstigung auf sich habe. Die Beschwer liege also ausschließlich in der unterlassenen Ausdehnung der Begünstigung. Für die Beseitigung der Ungleichheit durch vollständige Aufhebung der Begünstigung bestehe kein Rechtsschutzinteresse. Deshalb könne der Einzelne nur

---

11) A. a. O. S. 58 f.

12) A. a. O. S. 65 ff.

13) Hierbei ist z.B. an die aus Art. 33 Abs. 5 GG sich ergebende Pflicht zu angemessener Besoldung der Beamten (vgl. z.B. BVerfGE 8, 1, 11 ff.) oder an den Regelungsauftrag des Art. 131 GG zu denken.

14) A. a. O. S. 66 ff.

15) A. a. O. S. 70 ff.

rügen, es liege eine im Verhältnis zur vorhandenen Begünstigungsnorm "relative Unterlassung" vor. Auf diese Rüge könne dann das Bundesverfassungsgericht nach freiem Ermessen entweder den Gesetzgeber durch Feststellung der Gleichheitswidrigkeit einer teilweisen Unterlassung zu einer Ergänzungsregelung zwingen, oder aber der Behauptung einer Ungleichbehandlung durch Aufhebung der gesamten Begünstigungsnorm den Boden entziehen. Eine Ausdehnung der Begünstigungsnorm durch positiv gestaltende Nichtigerklärung sei wegen des damit verbundenen Eingriffs in den Funktionsbereich der Gesetzgebung in aller Regel unzulässig.

Zu dem Fall, daß einzelne Gruppe unter Verstoß gegen Art. 3 GG von einer Belastung ausgenommen werden, äußert sich Seiwerth nicht.

III. Was die Förmlichkeiten der Verfassungsbeschwerde anbelangt, so hält Seiwerth [16] die Wahrung einer Frist (vgl. § 93 BVerfGG) nicht für erforderlich, wenn ein verfassungswidriges Unterlassen gerügt wird. Dies soll sowohl bei "echten", als auch bei "relativen" Unterlassungen gelten.

4. Kapitel

Die Problematik der Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers

Sowohl das Bundesverfassungsgericht, als auch Lange und Seiwerth stellen der Nichtigerklärung die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Unterlassens gegenüber. Bei der Abgrenzung der beiden Entscheidungsmöglichkeiten wird letztlich auf die Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers abgehoben. Es erscheint daher notwendig, zu untersuchen, inwieweit sich bei der Legislative zwischen Handeln und Unterlassen unterscheiden läßt.

I. Von einem gesetzgeberischen Unterlassen kann sicher dann gesprochen werden, wenn ein verfassungswidriger Zustand besteht, ohne daß überhaupt eine gesetzliche Regelung vorhanden wäre [1]. Da gesetzgeberisches Handeln mangels eines Tätigwerdens in diesen Fällen nicht in Betracht kommt, kann der verfassungswidrige Zustand, wenn überhaupt durch den Gesetzgeber, nur durch sein Unterlassen verursacht worden sein.

Eine solche Konstellation kann sich auf zweierlei Weise ergeben:

---

16) A. a. O. S. 117

1) Vgl. oben S. 22 f.

1. Zunächst ist denkbar, daß sich rein faktisch Verhältnisse ergeben, die der Verfassungsordnung widersprechen, ohne daß dies auf eine positive rechtliche Regelung zurückzuführen wäre. Hier kann sich aus dem Grundgesetz eine Pflicht des Gesetzgebers zum Eingreifen ergeben [2]. Würden also etwa Männer und Frauen in der freien Wirtschaft verschieden entlohnt, so könnte aus Art. 3 GG eine Verpflichtung zur gesetzlichen Anordnung der Lohngleichheit hergeleitet werden [3].

2. Ein Unterlassen des Gesetzgebers liegt unzweifelhaft auch dann vor, wenn das Grundgesetz eindeutig einen genau umgrenzten Gesetzgebungsauftrag erteilt, die Legislative jedoch völlig untätig bleibt. Solche Aufträge zur Gesetzgebung sind z.B. in Art. 6 Abs. 5, Art. 33 Abs. 5, Art. 98 Abs. 1 und 3, Art. 131, sowie in Art. 21 Abs. 3 [4] des GG enthalten.

II. Besteht dagegen ein verfassungswidriger Zustand, obwohl oder weil eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, so stellt sich häufig die Frage: Hat der Gesetzgeber das Grundgesetz durch den Erlaß des Gesetzes - also durch Handeln - verletzt, oder entstand der verfassungswidrige Zustand dadurch, daß der Gesetzgeber positive Forderungen der Verfassung nicht erfällt hat (Unterlassen)? Die Beantwortung dieser Frage setzt Klarheit über die Kriterien voraus, nach denen Handeln vom Unterlassen des Gesetzgebers unterschieden werden soll. Folgende Auffassungen stehen sich gegenüber:

1. Zunächst könnte rein formell danach differenziert werden, ob der Gesetzgeber tätig geworden ist oder nicht. Bei Vorhandensein einer gesetzlichen Regelung käme also immer nur Handeln in Betracht; gesetzgeberisches Unterlassen wäre dagegen nur in den Fällen völliger Untätigkeit gegeben. Diesem formellen Unterlassungsbegriff neigen im Ergebnis Wessel [5], Zweigert [6] und Pfeiffer [7] zu,

---

2) Daß sich Verfassungsverletzungen auch aus rein faktischen Umständen ergeben können und daß der Gesetzgeber solche Verfassungsverletzungen grundsätzlich zu beseitigen hat, dürfte heute anerkannt sein. Vgl. z.B. BVerfGE 8, 1 (18 ff.) und 12, 341 (353 ff.). Anders noch Zweigert, JZ 1952, 321 ff. (323).

3) Anlaß zu einer solchen gesetzlichen Anordnung der Lohngleichheit wird allerdings nur bestehen, wenn davon ausgegangen wird, daß die Grundrechtsnormen im Arbeitsrecht nicht unmittelbar anwendbar sind. Vgl. dazu Maunz-Dürig, Art. 1 GG, Randz. 127 ff., mit eingehenden Nachweisen.

4) Vgl. zur verpflichtenden Wirkung von Art. 21 Abs. 3 GG oben S. 22 Anm. 1

5) DVBl 1952, 161 ff. (164)

6) JZ 1952, 321 ff. (323)

7) Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, S. 12 f., allerdings unter Beschränkung auf den Gleichheitssatz.

indem sie die Rüge "relativen" Unterlassens, also eines Unterlassens im Verhältnis zu einer bestehenden gesetzlichen Regelung, nicht zulassen [8]. Lechner gab seine ursprünglich gleichlautende Meinung [9] später auf [10].

Der formelle Unterlassungsbegriff hat den großen Vorteil, daß er eine verhältnismäßig klare Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen zuläßt. Abgrenzungsschwierigkeiten können nur insoweit auftreten, als Zweifel über die Zugehörigkeit einer bestimmten positiven Regelung zu einer bestimmten Materie bestehen und es dadurch ungewiß wird, ob die betr. Materie nun vom Gesetzgeber positiv normiert wurde oder nicht.

Es bleibt jedoch zu fragen, ob die so getroffene Unterscheidung auch sachgerecht ist. Dabei sind vor allem die Fälle teilweisen gesetzgeberischen Unterlassens in Betracht zu ziehen, also Fälle, in denen der Gesetzgeber einem selbständigen Gesetzgebungsauftrag nur teilweise nachkommt [11]. Hier läge, formell gesehen, ein Handeln vor. Dies hätte zur Folge, daß die in sich rechtmäßige Teilregelung stets für nichtig erklärt werden müßte. Mit einer solchen Nichtigerklärung, die den verfassungswidrigen Zustand nicht beheben würde, wäre jedoch niemandem gedient, da der Gesetzgeber auf Grund des Auftrags der Verfassung eine ähnliche, aber weiter gehende Regelung doch erlassen müßte. Die Nichtigerklärung hätte also praktisch nur die Funktion, den Gesetzgeber zur Erweiterung seiner Regelung zu veranlassen. Dies kann aber besser und ohne die mit jeder rückwirkenden Nichtigerklärung verbundene Beeinträchtigung der Rechtssicherheit mit einer Feststellungsentscheidung erreicht werden.

Aber auch eine Beschränkung des formellen Unterlassungsbegriffs auf den Bereich des sogenannten "relativen Unterlassens" begegnet Bedenken. Die Besonderheit der "relativen" Unterlassung liegt darin, daß die Verfassung den Erlaß einer Regelung nicht "absolut" und selbständig fordert, sondern nur in Relation zu einer bestehenden Vorschrift. Wird also etwa eine Personengruppe C unter Verstoß gegen Art. 3 GG von einer den Gruppen A und B gewährten Begünstigung ausgeschlossen, so liegt in Bezug auf die Gruppe C eine gegenüber der Begünstigungsregelung "relative" Unterlassung vor [12]. Bei Zugrundelegung des formellen Unterlassungsbegriffs wären diese Fälle als gesetzgeberisches Handeln zu qualifizieren, wobei

---

8) Ähnlich auch die in Italien und Österreich herrschende Praxis. Vgl. Sandulli bzw. Melichar, in: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart, S. 292 ff. (309) bzw. S. 439 ff. (463 f.)

9) Kommentar zum BVerfGG, § 90 Anm. 2a zu Abs. 1

10) NJW 1955, 1817 (1818 r.). Vgl. auch Ergänzungsband zum Kommentar zum BVerfGG, ergänzende Erläuterungen, § 90 Abs. 1 Anm. 2a

11) Vgl. oben S. 22 f.

12) S. 23 f. (oben)

das Handeln im Erlaß der bestehenden Vorschrift liegen würde. Die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes müßte daher immer über die Eliminierung des Handelns, also über die Aufhebung der positiven Regelung erfolgen. Dieses Ergebnis wäre vor allem dann unangemessen und mit der Forderung nach Rechtssicherheit schwer zu vereinbaren, wenn eine umfangreiche, allgemein geltende Regelung nur deshalb ex tunc (!) für nichtig erklärt werden müßte, weil z.B. eine kleine Gruppe unter Verstoß gegen Art. 3 GG nicht berücksichtigt wurde.

Da der formelle Unterlassungsbegriff aus diesen Gründen nicht praktikabel und deshalb abzulehnen ist, muß im folgenden untersucht werden, inwieweit nach anderen Kriterien zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers unterschieden werden kann.

2. Als Alternative zum formellen Unterlassungsbegriff kommt ein materieller Unterlassungsbegriff in Betracht, der nicht rein mechanisch an das Tätigwerden oder Untätigbleiben des Gesetzgebers anknüpft, sondern auf den Befehl der Verfassung zurückgreift: Wird ein Gebot der Verfassung vom Gesetzgeber nicht beachtet, ist Unterlassen gegeben; bei Mißachtung eines Verbots dagegen liegt Handeln vor. Die heute wohl herrschende [13] Auffassung unterscheidet nach diesem materiellen Unterlassungsbegriff zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers.

5. Kapitel

Fortsetzung: Insbesondere der materielle Unterlassungsbegriff

Die Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen der Legislative am Maßstab des Verfassungsbefehls bedarf näherer Betrachtung. Dabei soll bei der Methode, die zur Ermittlung des Befehlsinhalts angewandt wird, zunächst von der Auffassung Seiwerths [1] ausgegangen werden, den Gebots- oder Verbotscharakter der einzelnen Verfassungsnormen aus ihrem geistigen Gehalt herzuleiten.

I. Zu untersuchen ist namentlich, ob bzw. inwieweit innerhalb der Grundrechte zwischen gebietenden und verbietenden Normen unterschieden werden kann. Problematisch wird die Unterscheidung insbesondere im Hinblick auf das Wertdenken der modernen Grundrechtstheorie und -praxis.

---

13) So z.B. Lechner, NJW 1955, 1817 ff.; Seiwerth, a.a.O., durchgehend; Lange, NJW 1962, 417 ff.; BVerfGE 6, 257 (264 ff.); BVerfGE 8, 1 (9 f.); BVerfGE 9, 338 (342)

1) A.a.O. S. 15 ff.

1. Weitgehende Einigkeit besteht heute im Prinzip darüber, daß sich die Grundrechte nicht im positivistischen Sinne auf die Regelung genau bestimmter Tatbestände beschränken, sondern daß sie in gewissem Rahmen als Wertentscheidung des Verfassungsgebers zu verstehen sind [2]. Insoweit wird also die Grundrechtsordnung zur Wertordnung, die Grundrechtsanwendung zur Wertverwirklichung. Ausgangspunkt dieser modernen Auffassung vom Wesen der Grundrechte ist ihre Qualität als Menschenrechte, wie sie vor allem in den Grundentscheidungen des Art. 1 Abs. 1 und 2 GG (in Verb. m. Art. 19 Abs. 2 und Art. 79 Abs. 3 GG) zum Ausdruck kommt. Über die Auswirkungen des Wertinhalts auf den Charakter der einzelnen Grundrechtsnormen besteht noch keine völlige Klarheit: Nach Dürig [3] erschöpft sich die Aufgabe der Grundrechtsnormen grundsätzlich in einer bloß negativen Abwehrfunktion. Diese Abwehr soll allerdings auch ein abwehrendes Tätigwerden umfassen, z.B. bei aus der außerstaatlichen Sphäre kommenden Angriffen auf den geschützten Wert. Eine positive Förderungsfunktion zu Gunsten des betr. Grundrechtswerts anerkennt Dürig bei "sozialstaatlich orientierten" Grundrechtsnormen und bei "Grundsatznormen", die vor jedem wertstörenden Eingriff schützen. Eine solche "Grundsatznorm" sieht Dürig im Anschluß an BVerfGE 6, 55 (70 ff.) z.B. in Art. 6 Abs. 1 GG. Wintrich [4] dagegen legt sich hinsichtlich der Schutzfunktion einer Grundrechtsnorm für den ihr innewohnenden Wert nicht fest. Ob Dürig zu folgen ist, wenn er den Grundrechten grundsätzlich eine bloße Abwehrfunktion zuerkennt, oder ob nicht vielmehr im Grundsatz davon auszugehen ist, daß der den Grundrechten innenwohnende Wert auf jede Weise zu verwirklichen ist, kann für die folgenden Untersuchungen dahingestellt bleiben.

Es genügt, festzuhalten, daß das Wertdenken zu einer Erweiterung der Schutzfunktion der einzelnen Grundrechtsnormen führt. Diese Erweiterung kann zumindest in einzelnen Fällen so weit gehen, daß der in den Grundrechtsnormen verkörperte Wert in den Genuß absoluten Schutzes kommt. Aber auch soweit die veränderte Auffassung vom Wesen der Grundrechte noch nicht zur Anerkennung einer

---

2) Vgl. Dürig, AÖR 81, S. 117 ff. und in Maunz-Dürig, Art. 1 GG, Randz. 1-16; Wintrich, Zur Problematik der Grundrechte, S. 10 ff. und in Festschrift für Willibalt Apelt, S. 1 ff.; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, durchgehend; v. Mangoldt-Klein, 2. Aufl., Vorbem. B 4 vor Art. 1 GG (S. 93); Ernst v. Hippel, Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, S. 364 ff; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 18 ff.; BVerfGE 6, 55 (70 ff.) und 7, 198 (204 ff.)
Kritisch Forsthoff, Festschrift für Carl Schmitt, S. 35 ff.; vgl. dazu aber Hollerbach, AÖR 85, 241 ff. und Kaufmann, Festschrift für Erik Wolf, S. 357 ff. (381 ff.)
Vgl. auch Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 158 ff.

3) Maunz-Dürig, Anm. zu Art. 1 GG, insbes. Randz. 1-16 u. 99

4) Zur Problematik der Grundrechte, S. 10 ff.

umfassenden Schutzfunktion geführt hat, läßt sich doch eine Tendenz in diese Richtung erkennen.

2. Aber nicht nur aus der Menschenrechtsqualität, sondern auch allein aus dem in einer Grundrechtsvorschrift unmittelbar zum Ausdruck kommenden Schutzumfang kann sich der besondere Wertgehalt eines Grundrechts ergeben. Dies wird vor allem bei der Betrachtung des Gleichheitssatzes deutlich: Geschützt wird die Gleichheit nicht als ein an einen bestimmten Tatbestand anknüpfendes Verbot der Ungleichbehandlung oder Gebot der Gleichbehandlung. Vielmehr bezieht sich die Verfassungswidrigkeit bei Verstößen gegen Art. 3 GG ausschließlich auf die Relation [5] zwischen zwei oder mehreren Regelungen, nicht auf die einzelnen Regelungen an sich: Die vom Gleichheitssatz geforderte Relation kann dadurch erreicht werden, daß alle Betroffenen gleich gut, alle gleich schlecht, oder etwa alle nach einem mittleren Standard behandelt werden. Von Art. 3 GG aus gesehen ist in Bezug auf zwei vorhandene Regelungen die eine an sich so unbedenklich wie die andere; verfassungswidrig ist nur die Unterscheidung, die Ungleichbehandlung. Das Ergebnis der Gleichheit, der Wert der Gleichheit [6] steht also unmittelbar unter dem Schutz der Verfassung, ohne daß es darauf ankäme, wie dieser Wert verwirklicht wird. Man kann daher auch sagen, daß der Gleichheitssatz zugleich gebiete und verbiete [7].

3. Die Auffassung vom Wesen der Grundrechte hat auf die Durchführbarkeit der Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen entscheidende Auswirkungen: Ist bei echtem Gebots- oder Verbotsnormen das Handeln oder Unterlassen das Ziel des Normbefehls und steht demgegenüber das letztlich erstrebte Ergebnis im Hintergrund, so wird bei der Forderung nach der Verwirklichung eines Werts das angestrebte Ergebnis der Wertverwirklichung zum Befehl, während das "Wie" der Erreichung des Erfolgs sekundär bleibt. Im Gegensatz zu Gebots- und Verbotsnormen wird also beim Normbefehl zur Verwirklichung eines Werts kein Handeln oder Unterlassen verlangt, sondern die Herbeiführung eines Erfolgs, wobei die Norm hinsichtlich der Mittel der Erfolgserreichung neutral ist, d.h. insoweit keinen Befehl enthält. Eine Norm, die Wertverwirklichung fordert, sagt also in rechtstechnischer Hinsicht weniger als Gebots- oder Verbotsnormen, indem sie

---

5) Vgl. Böckenförde, Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters, S. 67 f.

6) Vgl. auch v. Mangoldt-Klein, Art. 3, Anm. II 6 (S. 195 der 2. Aufl.) und Dürig, Staatslexikon, Stichwort: Gleichheit

7) So etwa Ipsen, in: Die Grundrechte, Band II, S. 111 ff. (126 und 143), Seiwerth, a.a.O., S. 65 f.

offen läßt, wie ihr zu folgen ist [8]. Läßt sich somit zunächst nicht zwischen Handeln und Unterlassen unterscheiden, so kann eine Wertentscheidung im Einzelfall doch entweder gebietend oder verbietend wirken. Kann nämlich der von der Norm geforderte Wert nur durch Handeln oder nur durch Unterlassen verwirklicht werden, so kommt die Wertentscheidung einer gebietenden oder verbietenden Norm im Ergebnis gleich. Diese Konkretisierung der Wertentscheidung nach der einen oder anderen Seite braucht jedoch nicht einzutreten. Gerade gegenüber der Legislative wird die Komplexität häufig erhalten bleiben, weil die von der Verfassung eingeräumten Gestaltungsmöglichkeiten nicht - wie bei der Rechtsprechung und Verwaltung durch Gesetz - eingeschränkt sind.

Wird die Grundrechtsordnung mit der modernen Lehre als Wertordnung aufgefaßt, so führt dies also nicht etwa nur dazu, daß negativ gefaßte Grundrechte auch positive Funktion erhalten, sondern darüber hinaus zur grundsätzlichen Unmöglichkeit der Unterscheidung zwischen Gebots- und Verbotsnormen. Ob ein Wert durch Handeln oder durch Unterlassen zu verwirklichen ist, liegt somit dem Grundsatz nach im Bereich des Ermessens. Dies soll an einigen Beispielen verdeutlicht werden:

a) Besonders deutlich tritt die Ermessensfreiheit bezüglich des "Wie" der Wertverwirklichung beim Gleichheitssatz des Art. 3 GG zutage: Würde etwa durch Gesetz angeordnet, daß allen Männern im Monat 50 DM aus staatlichen Mitteln zu gewähren seien, so würde die darin liegende Schlechterstellung der Frauen gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoßen. Dagegen wäre dem Gleichheitssatz Genüge getan, wenn den Frauen ebenfalls 50 DM monatlich zugewandt würden, aber auch wenn beide Geschlechter einheitlich etwa mit 20 DM monatlich berücksichtigt würden, oder aber wenn weder Männer noch Frauen eine Unterstützung erhielten. Bei einer gesetzlichen Begünstigung der Männer kann deshalb nicht gesagt werden, der Gesetzgeber habe Art. 3 GG durch Handeln (Aufstellung der begünstigenden Regelung) oder durch Unterlassen (Nichtausdehnung der Begünstigung) verletzt, da eben nur das Ergebnis der Gleichheit in der Verfassung garantiert ist. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht für den Fall, daß im vorstehend angeführten Beispiel die Frauen von der Begünstigung ausdrücklich ausgeschlossen sind. Denn eine Ansicht, die in der ausdrücklichen Ablehnung der Ausdehnung ein Handeln sehen würde, wäre am formellen Unterlassungsbegriff orientiert und würde die gegen diesen Begriff bestehenden durchschlagenden Bedenken [9] ignorieren [10].

---

8) Vgl. allgemein zum rechtstechnischen Gehalt der Grundrechtsnormen: Forsthoff, VVDStRL 12, 8 ff. (18) und in: Carl-Schmitt-Festschrift, S. 35 ff., sowie Hollerbach, AÖR 85, 241 ff. (253 ff.).

9) S. oben S. 40 ff.

10) Zu diesem Ergebnis kommt auch Seiwerth, a.a.O., S. 71 f.

Nur verhältnismäßig selten ist der Gesetzgeber in seiner Ermessensfreiheit bei der Verwirklichung der Gleichheit beschränkt. So etwa wenn einer Gruppe unter Verletzung des Art. 3 GG bereits ein unentziehbarer Vorteil gewährt wurde; Hier kann die Gleichheit nur dadurch hergestellt werden, daß der gleiche Vorteil auch der übergangenen Gruppe zugewendet wird. Weiter kommt z.B. bei Ungleichbehandlung in der außerstaatlichen Sphäre grundsätzlich nur ein Handeln der staatlichen Organe in Betracht. Das gesetzgeberische Ermessen kann aber auch von vornherein in der Weise eingeschränkt sein, daß das Grundgesetz nicht Gleichheit an sich fordert, sondern Gleichheit unter Verwirklichung eines außerhalb von Art. 3 GG liegenden Wertes. Insbesondere wenn bestimmte Verfassungsaufträge (vgl. Art. 6 Abs. 1 oder Art. 131 GG) vorliegen, kann der Gleichheitssatz einen spezifischen Wertgehalt erhalten, etwa in dem Sinne, daß Gleichheit unter Förderung von Ehe und Familie verlangt ist [11]. Ähnlich ist es im Einzelfall möglich, daß der Gleichheitssatz durch andere Wertentscheidungen der Verfassung, wie z.B. die Entscheidung für die Pressefreiheit, die Glaubensfreiheit oder auch für die Rechtssicherheit eine bestimmte Richtung erhält.

Diese Ausnahmen ändern jedoch nichts an dem Grundsatz und der Regel, daß hinsichtlich des Mittels der Gleichheitsverwirklichung und damit auch hinsichtlich der Verwirklichung durch Handeln oder Unterlassen Ermessensfreiheit besteht.

b) Ähnlich kann die Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen auch bei Verstößen gegen Art. 2 Abs. 2 GG fraglich werden, wenn mit der wohl h.L.[12] dieses Grundrecht nicht nur als Garantie für das Leben überhaupt, sondern vor allem als Garantie für ein menschenwürdiges Leben angesehen wird. Erreicht z.B. ein Bürger das Existenzminimum nicht, so kann dafür im konkreten Fall zu hohe Besteuerung (Handeln), oder eine zu geringe staatliche Geldunterstützung (Unterlassen), oder das Nichtbestehen eines Gesetzes über eine Mindestverdienstgrenze (Unterlassen) ursächlich sein, und zwar in der Weise, daß die Beseitigung einer dieser Ursachen den verfassungswidrigen Zustand beheben würde. Auch hier kann aus dem Grundrecht nicht entnommen werden, ob der verfassungswidrige Zustand auf Handeln oder Unterlassen zurückzuführen ist, da sich Art. 2 Abs. 2 GG darauf beschränkt, ein Ergebnis - menschenwürdiges Leben - zu fordern.

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich auch bei Verstößen gegen Art. 6 Abs. 1 GG und die sonstigen "Grundsatznormen" (Dürig [13]). Auch hier wird sich nicht

---

11) Ausführlich Seiwerth, a.a.O., S. 66 ff. Vgl. dazu als Beispiel auch BVerfGE 15, 46 (74 f)

12) Vgl. Seiwerth, a.a.O., S. 58 ff.; Maunz-Dürig, Art. 2 Abs. 2 GG, Randz. 26 ff., jeweils mit Nachweisen.

13) Maunz-Dürig, Art. 1 GG, Randz. 99

immer feststellen lassen, ob der von der Verfassung geschützte Wert nun durch ein Handeln oder durch ein Unterlassen beeinträchtigt würde.

Eine solche Konstellation, bei der ein von der Verfassung mißbilligtes Ergebnis auf mehrere Ursachen zurückzuführen ist, wird zwar nicht allzu häufig sein. Doch zeigt sich auch hier, daß die Wertentscheidungen der Verfassung prinzipiell nicht in Verbote und Gebote aufgegliedert werden können.

II. Wird somit als Folge der gewandelten Auffassung vom Wesen der Grundrechtsnormen die Unterscheidung zwischen Gebots- und Verbotsnormen des Grundgesetzes mehr und mehr fragwürdig, so erscheint es schon im Prinzip als verfehlt, bei der Durchsetzung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht gerade an diese Unterscheidung anzuknüpfen. Diese Anknüpfung nimmt aber die wohl h.L. vor, wenn sie bei der abstrakten Rechtskontrolle als Alternative zur Kassation die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines gesetzgeberischen Unterlassens vorsieht, wobei die Kassation einen Verstoß gegen Verbotsnormen voraussetzen soll, während die Feststellung verfassungswidrigen Unterlassens bei Verstößen gegen Gebotsnormen Platz greifen soll.

Die Bedenklichkeit dieser Differenzierung innerhalb der abstrakten Rechtskontrolle zeigt sich aber auch bei der Durchführung der Unterscheidung zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers im einzelnen:

Auch Seiwerth [14] und Lange [15] anerkennen, daß sich die Scheidung der Grundrechtsnormen in solche gebietenden und verbietenden Charakters nicht lückenlos durchführen läßt. Sie gestehen zu, daß die Verfassung auch Wertentscheidungen enthält, bei denen das Mittel zur Verwirklichung des geforderten Werts ins Ermessen der verpflichteten Organe gestellt ist. Von ihrem Standpunkt aus bedeutet dies für den Entscheidungsausspruch des Bundesverfassungsgerichts bei der abstrakten Rechtskontrolle, daß in diesen Fällen streng genommen weder kassiert, noch ein Unterlassen festgestellt werden kann und - bei der Beschränkung des Bundesverfassungsgerichts auf diese beiden Entscheidungsarten - daß das Bundesverfassungsgericht hier überhaupt nicht entscheiden kann.

1. Um diese Konsequenz tunlichst zu vermeiden, bemüht sich Lange, den Bereich zu verkleinern, innerhalb dessen nicht zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers unterschieden werden kann. Er sucht nach Anhaltspunkten für eine Äußerung des Gesetzgebers über die Mittel zur Verwirklichung der von der Verfassung geforderten Werte. Er findet solche Äußerungen konkret z.B. wenn

14) Vgl. z.B. a.a.O., S. 58 ff. und 65 ff.
15) NJW 1962, 417 ff.

in einem Gesetz zum Ausdruck kommt, eine bestimmte Regelung sei unter allen Umständen aufrechtzuerhalten, oder aber abstrakt, wenn ein Gesetz ein Regel-Ausnahmeverhältnis schafft; denn bei Vorliegen eines solchen Verhältnisses sei die Regel aufrechtzuerhalten. Habe sich der Gesetzgeber in dieser Weise für die Zukunft festgelegt, so könne das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung darauf zurückgreifen, ohne in den Ermessensbereich des Gesetzgebers einzugreifen. Auf diese Weise könne sich das Bundesverfassungsgericht ohne Überschreitung seiner Kompetenz auf ein gesetzgeberisches Handeln oder Unterlassen festlegen, auch wenn der Verfassungsbefehl nur auf die Verwirklichung eines Werts ziele.

Lange übersieht dabei jedoch, daß der Gesetzgeber an seine frühere Äußerung nicht gebunden ist. Die gesetzgeberische Ermessensfreiheit hinsichtlich des Mittels der Wertverwirklichung wird durch eine vorgängige Äußerung also nicht beschränkt. Sieht man mit Lange einen Eingriff in die Ermessenssphäre darin, daß das Bundesverfassungsgericht von sich aus auf Handeln oder Unterlassen erkennt, so ist deshalb nicht einzusehen, warum dieser Eingriff entfallen soll, wenn sich der Gesetzgeber für die Zukunft "festgelegt" hat.

Bedenklich ist aber auch das Ergebnis, zu dem Lange kommt: Es sollen Fälle übrig bleiben, in denen sich auch bei Zurückgreifen auf den gesetzgeberischen Willen nicht bestimmen läßt, ob die Verwirklichung des Verfassungswerts durch Handeln oder Unterlassen des Gesetzgebers zu erfolgen hat. Hier soll eine verfassungsgerichtliche Entscheidung unzulässig sein, da ohne Eingriff in den gesetzgeberischen Ermessensbereich weder auf Handeln noch auf Unterlassen erkannt werden könne. Damit würde z.B. der Gleichheitssatz der verfassungsgerichtlichen Entscheidungsgewalt weitgehend entzogen. Zudem erscheint eine Differenzierung nach dem Gesichtspunkt, ob sich der Gesetzgeber für den Fall der Verfassungswidrigkeit einer Regelung geäußert hat, nicht sachgerecht, da die Formulierung einer gesetzlichen Regelung und damit z.B. die Schaffung eines Regel-Ausnahmeverhältnisses weitgehend durch Zufall bedingt ist.

Die Auffassung Langes ist daher abzulehnen.

2. Seiwerth [16] schlägt eine andere Lösung vor:
Er untersucht, ob ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz auch dann mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann, wenn der Verstoß weder auf ein Handeln, noch auf ein Unterlassen zurückzuführen ist. Er beschränkt sich dabei auf den Fall, daß eine Gruppe A gegenüber der Allgemeinheit begünstigt wird, eine andere Gruppe B dagegen unter Verstoß gegen Art. 3 GG von dieser Begünstigung ausgenommen bleibt. Seiwerth meint, ein Angehöriger der Gruppe B könne mit der

16) A.a.O., S. 70 ff.

Verfassungsbeschwerde seine Nichtberücksichtigung, also die im Verhältnis zur Gruppe A "relative Unterlassung" rügen. Das Bundesverfassungsgericht sei allerdings befugt, auf diese Verfassungsbeschwerde entweder die Begünstigung der Gruppe A für nichtig zu erklären, oder aber die Verfassungswidrigkeit der unterlassenen Ausdehnung der Begünstigung (auf die Gruppe B) festzustellen. Die Wahl zwischen diesen Entscheidungsmöglichkeiten habe das Bundesverfassungsgericht nach freiem, aber pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Für den von Seiwerth nicht behandelten Fall der ungleichen Belastung wäre entsprechend zu folgern, daß der stärker Belastete das "relative Handeln" rügen könnte, worauf dann das Bundesverfassungsgericht entweder die Belastung aufheben, oder aber die Verfassungswidrigkeit der unterlassenen Ausdehnung der Belastung feststellen könnte. Ebenso ließe sich vielleicht auch bei Verstößen z.B. gegen Art. 2 Abs. 2 S. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG [17] eine Form der Verfassungsbeschwerde finden, die es dem Bundesverfassungsgericht offen ließe, eine Norm für nichtig zu erklären, oder aber die Verfassungswidrigkeit einer Unterlassung festzustellen.

Bei dieser Lösung bleibt jedoch zu prüfen, ob das Bundesverfassungsgericht mit der nach pflichtgemäßem Ermessen erfolgenden Auswahl zwischen Nichtigerklärung und Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Unterlassens nicht sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Gesetzgebers setzt und dadurch in den ausschließlich der Legislative vorbehaltenen Bereich eingreift:

a) Wählt das Bundesverfassungsgericht die Nichtigerklärung der bestehenden Teilregelung, so bleibt die gesetzgeberische Ermessensfreiheit regelmäßig gewahrt. Denn die Nichtigerklärung bindet den Gesetzgeber für die Zukunft höchstens insoweit, als genau die gleiche Regelung nicht noch einmal erlassen werden darf. Sie hindert die Legislative aber nicht, von der ihr nach der Verfassung zukommenden Gestaltungsfreiheit voll Gebrauch zu machen. Wird also z.B. der Gleichheitssatz verletzt, indem einer Gruppe A eine Zuwendung gewährt wird, einer Gruppe B dagegen nicht, so bleibt es nach der Nichtigerklärung der begünstigenden Vorschrift dem Gesetzgeber unbenommen, die ursprünglich nur für die Gruppe A vorgesehene Zuwendung nunmehr den Gruppen A und B zu gewähren, den Gruppen A und B gleichmäßig eine geringere als die ursprünglich vorgesehene Zuwendung zu gewähren, oder aber von einer Zuwendung überhaupt abzusehen.

b) Bei der Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Unterlassens dagegen wirkt der Ausspruch des Bundesverfassungsgerichts vor allem in die Zukunft. Dies hat zur Folge, daß die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit notwendig eingeengt wird. Bezogen auf das soeben angeführte Beispiel bedeutet dies: Würde das Bundes-

17) Vgl. oben S. 46 f.

verfassungsgericht aussprechen, der Gesetzgeber habe Art. 3 GG verletzt, indem er es unterlassen habe, das der Gruppe A Gewährte auch der Gruppe B zuzuwenden, so bliebe für den Gesetzgeber nur die eine Möglichkeit, die ursprünglich auf die Gruppe A beschränkte Begünstigung auf die Gruppe B auszudehnen. Die anderen nach der Verfassung möglichen Maßnahmen zur Verwirklichung der Gleichheit kämen also nach einem solchen Spruch des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr in Betracht. Somit würde das Bundesverfassungsgericht mit seiner Entscheidung regelmäßig die Gestaltungsfreiheit der Legislative beeinträchtigen.

c) Damit steht fest, daß die gesetzgeberische Ermessensfreiheit hinsichtlich des Mittels der Wertverwirklichung nicht dadurch gewahrt werden kann, daß dem Bundesverfassungsgericht die Nichtigerklärung bzw. die Feststellung eines gesetzgeberischen Unterlassens zur freien Disposition gestellt wird. Deshalb führt auch der Vorschlag Seiwerths nicht zu einer einwandfreien Lösung des Problems.

III. Bedenklich ist die Unterscheidung anhand Handelns oder Unterlassens des Gesetzgebers aber auch im Hinblick auf das Wesen der abstrakten Rechtskontrolle:

In bestimmten Verfahrensarten kann dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt werden, ob das Handeln oder Unterlassen eines Staatsorgans mit der Verfassung zu vereinbaren ist. So hat das Bundesverfassungsgericht z.B. im Organstreitverfahren darüber zu befinden, ob der Antragsteller durch eine "Maßnahme oder Unterlassung" des Antragsgegners in seinen ihm durch das Grundgesetz übertragenen Rechten und Pflichten verletzt oder unmittelbar gefährdet ist (§ 64 Abs. 1 BVerfGG). Bei der abstrakten Rechtskontrolle lautet die Fragestellung anders: Ist ein Gesetz mit der Verfassung zu vereinbaren, entspricht die positive Rechtsordnung der von der Verfassung geforderten? -
Da die h.M. bei der abstrakten Rechtskontrolle auf Handeln bzw. Unterlassen der Legislative abstellt, muß geprüft werden, ob diese verschiedenen Fragen in Wirklichkeit den gleichen Gegenstand betreffen, oder ob jeweils ein aliud gefragt ist.

1. Zweifel an der Identität der beiden Fragen kommen namentlich deshalb auf, weil bei der abstrakten Rechtskontrolle generelle Akte zu beurteilen sind. Denn durch die generelle Natur der zu überprüfenden Materie erhalten die hier ergehenden Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen Bedeutung für eine oft unübersehbare Vielzahl von Fällen. Bei der die abstrakte Rechtskontrolle abschließenden Entscheidung können diese die Allgemeinheit treffenden Auswirkungen nicht unberücksichtigt bleiben. Deshalb muß hier insbesondere die Forderung nach Rechtssicherheit maßgeblichen Einfluß auf den Inhalt der Entscheidung gewinnen:

a) Das BVerfGG sucht der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, indem es in

§ 79 BVerfGG die ex-tunc-Wirkung der Kassation in gewissem Rahmen einschränkt. Weiter kommt der Gedanke der Rechtssicherheit etwa auch in § 93 Abs. 2 BVerfGG zum Durchbruch, wo bestimmt ist, daß die Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz nur innerhalb eines Jahres seit seinem Inkrafttreten erhoben werden kann. Vielleicht kann auch das Institut der Kassation als Ausfluß des Gedankens der Rechtssicherheit gesehen werden, da durch die Kassation eine rasche und eindeutige Klärung der Rechtslage eintritt, was bei einer rein feststellenden oder nur den Gesetzgeber verpflichtenden Entscheidung nicht in diesem Maße der Fall wäre. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Bestimmung des § 78 S. 2 BVerfGG zu betrachten, nach der unter bestimmten Voraussetzungen auch nicht im Streit stehende verfassungswidrige Bestimmungen kassiert werden können; Hier soll die latent bestehende Gefahr der Kassation von Normen und die dadurch bestehende Rechtsunsicherheit möglichst schnell beseitigt werden. Schließlich sucht auch das Bundesverfassungsgericht der Forderung nach Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, indem es sich bemüht, die positive Rechtsordnung möglichst wenig zu beeinträchtigen. So sieht das Bundesverfassungsgericht etwa von einer Kassation ab, wenn der zu prüfenden Norm über die "verfassungskonforme Auslegung" ein mit der Verfassung vereinbarer Inhalt gegeben werden kann, auch wenn dieser Inhalt den Intuitionen des Normgebers nicht entspricht [18]. Die Tendenz zur Aufrechterhaltung der bestehenden Ordnung schlägt sich z.B. aber auch bei der vom Bundesverfassungsgericht zugelassenen Nichtigerklärung von Teilen einer Bestimmung und hier insbesondere bei der "insoweit" - Nichtigerklärung nieder [19].

b) Die Anknüpfung an Handeln bzw. Unterlassen des Gesetzgebers trägt der generellen Natur der bei der abstrakten Rechtskontrolle zu beurteilenden Fragen in keiner Weise Rechnung; Mit der Voraussetzung des gesetzgeberischen Handelns für die unmittelbar gestaltende Entscheidung der Kassation bzw. mit der Voraussetzung des Unterlassens für die Feststellung gesetzgeberischen Unterlassens wird auf Kriterien abgestellt, die es unmöglich machen, die Forderung nach Rechtssicherheit bei der Auswahl des Entscheidungstenors zu berücksichtigen. Innerhalb des von Seiwerth und Lange vorgeschlagenen Systems kann daher die von der Rechtssicherheit gebotene Lösung allenfalls als Ausnahme verwirklicht werden, nicht aber als Konsequenz eines dem Wesen der abstrakten Rechtskontrolle entsprechenden Systems. Praktisch zeigt sich dies vor allem dann, wenn der Gesetzgeber unter Verstoß gegen Art. 3 GG eine Gruppe von einer Begünstigungsregelung ausnimmt [20]. Hier kann die Rechtssicherheit am ehesten durch Kassation der Aus-

18) Vgl. z.B. BVerfGE 12, 45 (61); 2, 266 (283 ff.); 9, 194 (200). Vgl. dazu auch Schack und Michel, JUS 1961, S. 267 ff. bzw. 274 ff.

19) Vgl. z.B. BVerfGE 6, 273 ff., sowie BVerfGE 4, 331 ff.; 7,320 ff.;13,261 ff.

20) Vgl. dazu BVerfGE 6, 273 ff.

nahmevorschrift gewahrt werden. Für diese Entscheidung bleibt jedoch in den Systemen Seiwerths und Langes kein Raum.

2. Die Anknüpfung an Handeln oder Unterlassen des Gesetzgebers führt aber auch zu Ungereimtheiten, wenn vorkonstitutionelle Normen den Gegenstand der abstrakten Rechtskontrolle bilden. Hier bezieht sich die verfassungsgerichtliche Prüfung in erster Linie auf die Frage, ob eine ursprünglich nicht zu beanstandende Regelung in Widerspruch zur Verfassung steht und deshalb von der Verfassung aufgehoben wurde. Ein Handeln oder Unterlassen des Gesetzgebers bleibt also zunächst außerhalb der Betrachtung.

Da nun aber das Bundesverfassungsgericht regelmäßig erst längere Zeit nach dem Zusammentreffen der Verfassung mit der ihr widersprechenden vorkonstitutionellen Norm entscheidet, könnte im Untätigbleiben des nachkonstitutionellen Gesetzgebers bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein verfassungswidriges Unterlassen gesehen werden. Daß materiell eine Verpflichtung des nachkonstitutionellen Gesetzgebers besteht, eine verfassungswidrig gewordene vorkonstitutionelle Regelung aufzuheben und durch eine verfassungsgemäße zu ersetzen, kann bei der starken Geltungskraft unserer Verfassungsnormen wohl kaum bezweifelt werden. Fraglich ist jedoch, ob diese selbständige Unterlassung des nachkonstitutionellen Gesetzgebers bei der abstrakten Rechtskontrolle berücksichtigt werden kann. Das Bundesverfassungsgericht [21] verneint diese Frage mit der aus BVerfGE 1, 97 (100) entnommenen Begründung, ein Unterlassen des Gesetzgebers könne grundsätzlich nicht gerügt werden. Die Entscheidung darüber, ob die betr. vorkonstitutionelle Norm durch eine andere ersetzt werden soll, stehe allein dem Gesetzgeber zu, der sich dabei von politischen, wirtschaftlichen und anderen Gesichtspunkten leiten lasse, die sich der richterlichen Nachprüfung entzögen. Diese Begründung trägt jedoch allenfalls die Verneinung einer Pflicht zur Schaffung einer anderen Regelung, nicht aber die Verneinung der Pflicht zur bloßen Aufhebung der seitherigen Regelung. Denn eine solche Pflicht zur Aufhebung ergibt sich unmittelbar und ohne daß für den Gesetzgeber ein Ermessensspielraum bliebe, aus der verpflichtenden Wirkung der Verfassung.

In Wirklichkeit zeigt sich hier der Gegensatz zwischen abstrakter Rechtskontrolle und der Rüge von verfassungswidrigen Handlungen oder Unterlassungen, wie sie etwa für das Organstreitverfahren typisch ist:
Bei der abstrakten Rechtskontrolle ist nicht über den Gesetzgeber zu urteilen, sondern über das Recht. Entscheidend für die abstrakte Rechtskontrolle ist also nicht das Handeln oder Unterlassen des Gesetzgebers, sondern das Gesetz. Würde die Verfassungswidrigkeit vorkonstitutioneller Normen als Unterlassen des nachkonsti-

21) E 11, 255 (261 f.)

tutionellen Gesetzgebers behandelt, so würde das Verfahren von der ursprünglichen Frage: "Wurde die vorkonstitutionelle Norm durch die Verfassung verdrängt?" abgelenkt und in eine neue Richtung gebracht. Dies hätte zur Folge, daß an die Stelle der für die abstrakte Rechtskontrolle typischen Verfahrensbestimmungen nunmehr dem Organstreit entsprechende treten würden: So wäre z.B. nicht die vorkonstitutionelle Norm zu kassieren, sondern die Verfassungswidrigkeit eines gesetzgeberischen Unterlassens festzustellen, oder würde an die Stelle der fristgebundenen Verfassungsbeschwerde (vgl. § 93 Abs. 2 u. 3 BVerfGG) ein jederzeit zulässiger Rechtsbehelf treten. Daraus wird ersichtlich, daß das Abstellen auf Handeln oder Unterlassen des Gesetzgebers geradezu im Widerspruch zum Wesen der abstrakten Rechtskontrolle steht.

IV. Ergebnis:

Aus allen diesen Gründen kann bei der abstrakten Rechtskontrolle nicht an ein Handeln oder Unterlassen des Gesetzgebers angeknüpft werden.

5. ABSCHNITT

DIE FESTSTELLUNG DER VERFASSUNGSWIDRIGKEIT EINES ZUSTANDES

1. Kapitel

Grundlegung

I. Als Ergebnis der bisherigen Ausführungen kann folgendes zusammengefaßt werden: Innerhalb der abstrakten Rechtskontrolle besteht ein Bedürfnis, neben die Kassation von Normen eine weitere, nicht-kassatorische Entscheidungsmöglichkeit zu stellen. Diese weitere Entscheidungsart kann nur feststellenden Charakters sein. Dementsprechend sieht die h.M. als Alternative zur Kassation die Feststellung eines verfassungswidrigen Unterlassens des Gesetzgebers vor: Bei verfassungswidrigem Handeln des Gesetzgebers soll die Kassation, bei verfassungswidrigem Unterlassen soll die Feststellung eines verfassungswidrigen Unterlassens die verfassungsgerichtliche Sanktion bilden. Dabei wird von der h.M. jedoch nicht beachtet, daß sich zwischen kassatorischer und feststellender Entscheidungsart nicht nach dem Maßstab des Handelns bzw. Unterlassens des Gesetzgebers abgrenzen läßt. Denn einmal ist vom materiellen Verfassungsrecht her regelmäßig nicht zu sagen, wann ein verfassungswidriges Handeln und wann ein verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers vorliegt; zum andern aber widerspricht das Abstellen auf die Ursache der Verfassungswidrigkeit dem Wesen der abstrakten Rechtskontrolle.

II. Nachdem somit die Feststellung der Verfassungswidrigkeit gesetzgeberischen Unterlassens aus dem Kreis der zulässigen Entscheidungsmöglichkeiten ausscheidet, fragt es sich, ob eine andere feststellende Entscheidung neben die Kassation treten kann, oder ob das Bundesverfassungsgericht nach dem derzeit geltenden Verfahrensrecht auf die Kassation beschränkt ist. Als feststellende Entscheidung, die neben die Kassation treten könnte, kommt vor allem die allgemein gehaltene Feststellung in Betracht, daß ein verfassungswidriger Zustand bestehe.

Die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes müßte etwa folgendermaßen formuliert werden: "Es wird festgestellt, daß bezüglich der X-Regelung ein mit Art..... des Grundgesetzes nicht zu vereinbarender, verfassungswidriger Zustand besteht." In BVerfGE 8, 1 ff. wäre die Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes etwa wie folgt zu formulieren gewesen: "Es wird festgestellt, daß bezüglich der Besoldungsregelung für die Ruhegehaltsempfänger nach dem G 131 in der Zeit vom 1.10.1951 bis 31.3.1952 ein mit den in Art. 33 Abs. 5 GG enthaltenen Rechten der Beschwerdeführer nicht zu vereinbarender, verfassungswidriger Zustand bestand." Demgegenüber lautete die vom Bundesverfas-

sungsgericht in Wirklichkeit erlassene Unterlassungsentscheidung: "Der Bundesgesetzgeber hat die in Art. 33 Abs. 5 des GG enthaltenen Rechte der Beschwerdeführer dadurch verletzt, daß er es unterlassen hat, im Zusammenhang mit der Bestimmung des § 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Besoldungsrechts vom 6.12.1951 - BGBl I S. 939 - ihre Bezüge mit Wirkung vom 1. Oktober 1951 ab angemessen zu erhöhen."

Die Betonung des "verfassungswidrigen Zustandes" im Entscheidungstenor würde sich zur Unterscheidung von der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm empfehlen, wie sie etwa in den Verfahren nach Art. 100 Abs. 3 S. 1 GG [1] (Vorlage durch ein Landesverfassungsgericht) oder nach Art. 99 GG [2] (Entscheidung kraft landesrechtlicher Zuweisung) vorgeschrieben ist. Während die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm ebenso wie die Nichtigerklärung gestaltend wirkt [3], handelt es sich bei der Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes um eine reine Feststellungsentscheidung, der jede unmittelbare Gestaltungswirkung abgeht. Ähnlich wie bei der bisher vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochenen Feststellung verfassungswidrigen Unterlassens würde also die verfassungswidrige Regelung bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers weiter gelten.

III. Im folgenden wird zu prüfen sein, inwieweit in den einzelnen Verfahrensarten neben der Nichtigerklärung bzw. neben der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm Raum bleibt für eine reine Feststellungsentscheidung, wie sie die Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes darstellt.

2. Kapitel

Grundsätzliches über die Auslegung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes

Gegen die Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung scheint zunächst die Tatsache zu sprechen, daß im BVerfGG nur die Entscheidungen der Nichtigerklärung bzw. der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm ausdrücklich aufgeführt sind.

Dabei muß jedoch berücksichtigt werden, daß die Schöpfer des BVerfGG bei der Ausgestaltung der verfassungsgerichtlichen Verfahrensvorschriften eine für die deutsche Gesetzgebung weithin neuartige Materie zu regeln hatten, für die es gerade bei der vom BVerfGG gewählten intensiven Art der abstrakten Rechtskon-

1) In Verb. m. § 85 BVerfGG
2) In Verb. m. §§ 73 ff. BVerfGG
3) Vgl. oben S. 17 ff.

trolle (Kassation mit grundsätzlicher ex-tunc-Wirkung) auch an Vorbildern fehlte. Es ist daher nur natürlich, daß der Gesetzgeber die Auswirkungen seiner Regelung nicht voll übersehen und sie deshalb auch nicht bis in alle Einzelheiten bewußt durchgestalten konnte [4].

Hinzu kommt, daß bei der hochpolitischen Bedeutung des BVerfGG das Schwergewicht der Beratungen bei der Entscheidung der Grundfragen liegen mußte und lag [5], weshalb die Behandlung der mehr technischen Einzelfragen weitgehend in den Hintergrund trat.

Aus diesen Gründen darf bei der Interpretation des BVerfGG nicht zu stark auf den Gesetzeswortlaut abgestellt werden. Im Vordergrund muß vielmehr die Interpretation nach Sinn und Zweck der Regelung stehen. Die Nichterwähnung einer reinen Feststellungsentscheidung in den einschlägigen Verfahrensvorschriften spricht deshalb noch nicht ohne weiteres für ihre Unzulässigkeit. Dies anerkennt grundsätzlich auch das Bundesverfassungsgericht, wenn es seit E 6, 257 (264 ff.) eine Unterlassungsentscheidung zuläßt, obwohl es die Zulässigkeit einer solchen Entscheidung noch in E 1, 97 (100) mit der Begründung verneint hatte, in § 95 BVerfGG seien die Folgen einer solchen Verfassungsbeschwerde nicht geregelt. [6]

Deshalb soll im folgenden vor allem im Hinblick auf Sinn und Zweck der positiven Regelung geprüft werden, was gegen und was für die Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung spricht. Dabei wird zunächst negativ gefragt werden, ob eine reine Feststellungsentscheidung nicht schon durch die Zielsetzung der einzelnen Verfahrensarten ausgeschlossen wird (3. Kapitel). Anschließend ist zu prüfen, inwieweit die ausschließliche Erwähnung der Nichtigerklärung bzw. der Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm als abschließende positive Regelung anzusehen ist, die eine reine Feststellungsentscheidung ausschließen würde (4. Kapitel). Im 5. Kapitel soll dann untersucht werden, ob sich im geltenden Recht eine positive Grundlage für die Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung findet.

---

4) Vgl. dazu auch BVerfGE 2, 79 (84) und Spanner, Bayerische Verwaltungsblätter 1958, 1 ff. und 38 ff.

5) Vgl. dazu die Wiedergabe der Ausschußberatungen in "Die Verhandlungen des (23.) Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht über das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht".

6) S. oben S. 29, 30

3. Kapitel

Ist eine reine Feststellungsentscheidung mit der Zielsetzung der einzelnen Verfahrensarten vereinbar?

I. Dient eine Verfahrensart ausschließlich der abstrakten Rechtskontrolle, so bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung. Denn an sich wäre es theoretisch durchaus denkbar, die abstrakte Rechtskontrolle generell mit der Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes enden zu lassen. Bei den ausschließlich der abstrakten Rechtskontrolle vorbehaltenen Verfahrensarten ist daher lediglich zu fragen, ob bzw. inwieweit die reine Feststellungsentscheidung durch die Kassation verdrängt wird. Diese Frage soll aber zunächst ausgeklammert werden.

Demgemäß wäre also bei der abstrakten Rechtskontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG [1] ("sog. abstrakte Normenkontrolle") eine reine Feststellungsentscheidung durchaus mit der Zielsetzung des Verfahrens vereinbar. Dies gilt auch für solche Verfassungsbeschwerden, die nur die abstrakte Rechtskontrolle zum Ziele haben, sich also nicht gegen Entscheidungen i.S.d. §§ 93 Abs. 1, 95 Abs. 2 BVerfGG wenden. Denn insoweit unterscheidet sich die Verfassungsbeschwerde im wesentlichen nur hinsichtlich der Antragsberechtigung von der abstrakten Rechtskontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ("abstrakte Normenkontrolle"). Auch bei der abstrakten Rechtskontrolle innerhalb der Verfahren nach Art. 100 Abs. 3 S. 1 GG in Verb. m. § 85 BVerfGG und nach Art. 99 GG in Verb. m. §§ 73 ff. BVerfGG [2] bestehen keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung.

II. Starke Zweifel an der Vereinbarkeit einer reinen Feststellungsentscheidung mit der Zielsetzung des Verfahrens erheben sich dagegen bei den Verfahrensarten, die die abstrakte Rechtskontrolle mit der Klärung einer Vorfrage verbinden, bei denen die abstrakte Rechtskontrolle also praktisch den Bestandteil eines anderen Verfahrens bildet. Dies ist der Fall bei der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung i.S.d. §§ 93 Abs. 1, 95 Abs. 2 BVerfGG und bei der abstrakten Rechtskontrolle gemäß Art. 100 Abs. 1 GG in Verb. m. §§ 80 ff. BVerfGG (sog. "konkrete Normenkontrolle").

1. Da die reine Feststellungsentscheidung das geltende Recht zunächst unberührt läßt, könnte bei streng formaler Betrachtung die Erheblichkeit einer bei der abstrakten Rechtskontrolle ergehenden Feststellungsentscheidung für das in

---

1) In Verb. m. §§ 76 ff. BVerfGG.

2) Vgl. Art. 37 Nr. 2 der Landessatzung von Schleswig-Holstein

erster Linie zu entscheidende Ausgangsverfahren verneint werden. Denn wird z.B. ein Urteil mit der Verfassungsbeschwerde angefochten und stellt das Bundesverfassungsgericht fest, bezüglich der gesetzlichen Regelung, auf der das angefochtene Urteil beruht, bestehe ein verfassungswidriger Zustand, so ist dadurch für die Entscheidung über das angefochtene Urteil noch nichts gewonnen, wenn die bisherige Regelung zunächst weiter gilt. Bei formaler Betrachtungsweise hat deshalb eine reine Feststellungsentscheidung bei Verfassungsbeschwerden gegen Entscheidungen (§§ 93 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 2 BVerfGG) und im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG keine Daseinsberechtigung.[3]

2. Wird das Erfordernis der Erheblichkeit der generellen Entscheidung für den Ausgangsstreit weniger formal aufgefaßt, so wäre für die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen folgende Lösung denkbar: Wird generell festgestellt, daß ein verfassungswidriger Zustand besteht, so hebt das Bundesverfassungsgericht gleichzeitig die angefochtene Entscheidung auf und verweist die Sache an ein "zuständiges Gericht" zurück. Zugleich wird - im Tenor oder in den Gründen der Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung - ausgesprochen, daß das Verfahren bis zur gesetzlichen Neuregelung ausgesetzt bleibt, so daß sich die Neuregelung auf den anhängigen Fall noch auswirken könnte.[4]

Im Ergebnis würde also das Erfordernis der Erheblichkeit der generellen Entscheidung dahin abgemildert, daß nicht mehr die unmittelbare Erheblichkeit der generellen Entscheidung für das anhängige Verfahren gefordert würde. Vielmehr würde die mittelbare Erheblichkeit der generellen Entscheidung genügen, indem nur gefordert werden würde, daß die zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes erforderlich werdenden Maßnahmen[5] sich auf das anhängige Verfahren auswirken können.

3. Wird die zuerst genannte, strenge Auffassung zugrundegelegt (oben Ziffer 1), so könnte unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung des Verfahrens bei der unmittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde eine reine Feststellungsentscheidung erwirkt werden, bei der unmittelbar gegen eine Entscheidung gerichteten Verfassungsbeschwerde dagegen nicht. Da die Verfassungsbeschwerde dem Grundsatz nach ein vom BVerfGG einheitlich geregeltes Institut darstellt, muß geprüft werden, ob eine solche Differenzierung je nach der unmittelbaren oder mittelbaren Richtung der Verfassungsbeschwerde zulässig ist, oder

---

3) Dieser Gedankengang liegt wohl auch den Entscheidungen BVerfGE 8, 28 (38) und 14, 308 (311) zugrunde, in denen die Geltendmachung gesetzgeberischen Unterlassens im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 für unzulässig erklärt wird.

4) So neuestens BVerfGE 15, 46 ff.

5) Worunter auch Maßnahmen der Legislative zu verstehen sind.

ob nicht vielmehr die Frage nach der Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung einheitlich bejaht oder verneint werden muß:

a) Seit BVerfGE 1, 97 ff. läßt das Bundesverfassungsgericht Verfassungsbeschwerden gegen erlassene Gesetze nur zu, wenn der Beschwerdeführer behauptet, selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch das Gesetz und nicht erst mit Hilfe eines Vollziehungsaktes in einem Grundrecht verletzt zu sein. Das Bundesverfassungsgericht verweist damit den Beschwerdeführer, der ein Gesetz angreifen will, weitgehend auf die Verfassungsbeschwerde gegen eine ihn treffende Entscheidung. Ob die vom Bundesverfassungsgericht in dieser Weise vorgenommene Abgrenzung zwischen Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen richtig getroffen ist, wird neuerdings von Bettermann [6] stark bezweifelt. Bettermann schlägt eine Abgrenzung unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses vor und kommt dabei zur grundsätzlichen Ablehnung des unmittelbaren Angriffs gegen eine Norm, wenn eine auf der Norm beruhende Entscheidung angegriffen werden könnte. Ob der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, oder ob Bettermann zu folgen ist [7], kann hier dahingestellt bleiben. Denn der Beschwerdeführer, der eine Norm unmittelbar angreifen will, wird nach beiden Auffassungen - wenn auch in verschiedenem Umfang - auf die Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung verwiesen. Eine solche Verweisung liegt in der Natur der Verfassungsbeschwerde begründet. Denn die Verfassungsbeschwerde verlangt zur Unterscheidung gegenüber der Popularklage stets ein gewisses Maß an Betroffensein. Ob ein Beschwerdeführer von einer gesetzlichen Regelung betroffen wird, läßt sich aber häufig erst nach ihrem Vollzug sagen.

b) Eine ähnliche Abhängigkeit zwischen unmittelbar und mittelbar gegen die Legislative gerichteter Verfassungsbeschwerde besteht aber auch, wenn lediglich eine verfassungswidriger Zustand gerügt wird:

Ob ein Beschwerdeführer von dem gerügten verfassungswidrigen Zustand wirklich betroffen ist, läßt sich häufig noch nicht unmittelbar aus der gesetzlichen Regelung entnehmen. Deshalb wird häufig nicht sofort unmittelbar gegen die gesetzliche Regelung vorgegangen werden können. [8]

Ist aber eine auf dem verfassungswidrigen Zustand beruhende Entscheidung ergan-

---

6) AÖR 86, 129 ff.

7) Vgl. Bachof, AÖR 86, 186 (189 ff.)

8) Das übersieht Schumann, AÖR 88, 331 ff (338), wenn er die "unmittelbar gegen das gesetzgeberische Unterlassen gerichtete Verfassungsbeschwerde" stets für zulässig erklärt

gen und steht damit ein Betroffensein fest, so ist dem Betroffenen mit einer unmittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde nicht gedient. Denn selbst wenn die Einhaltung der Einjahresfrist des § 93 Abs. 2 BVerfGG nicht gefordert wird [9], kann seiner eigentlichen Beschwer nicht abgeholfen werden: Die Entscheidung, durch die sich der verfassungswidrige Zustand erst auf ihn auswirkt, bleibt von der unmittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde unberührt. Der Betroffene läuft sogar Gefahr, daß die Entscheidung in Rechtskraft erwächst und vollstreckt wird.

Eine nachträgliche Heilung dieses Unrechts durch eine neue gesetzliche Regelung ist nicht zu erwarten, da eine Neuregelung, die rückwirkend auch völlig abgeschlossene Fälle ergreifen würde, mit der Forderung nach Rechtssicherheit kaum zu vereinbaren wäre [10]. Die unmittelbar gegen die Legislative gerichtete Verfassungsbeschwerde würde dem Betroffenen also nur dann etwas nützen, wenn es ihm gelänge, die Entscheidung bis zur verfassungsgerichtlichen Feststellung des verfassungswidrigen Zustandes und darüber hinaus bis zum Ergehen einer gesetzlichen Neuregelung nicht in Rechtskraft erwachsen zu lassen. Bedenklich daran ist schon, daß im Ergebnis jemand gezwungen würde, ausschließlich zur Verzögerung des Verfahrens Rechtsmittel einzulegen. Bedenklich ist die Verweisung auf eine unmittelbar gegen die Legislative gerichtete Verfassungsbeschwerde aber auch deshalb, weil der Betroffene nach der derzeitigen Rechtsprechung [11] nicht erwarten kann, daß das Verfahren bis zur Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung über eine unmittelbar gegen die Legislative gerichtete Verfassungsbeschwerde ausgesetzt wird. Deshalb besteht immer die Gefahr, daß eine günstige Entscheidung im Verfassungsbeschwerde-Verfahren zu spät kommt, weil die in erster Linie beschwerende Entscheidung inzwischen rechtskräftig geworden ist.

Schumann [12] sieht einen Weg, die aufgrund der "Unterlassungsentscheidung" ergangene gesetzliche Neuregelung auf bereits rechtskräftig abgeschlossene Fälle zu erstrecken: Der Gesetzgeber soll bei der Neuregelung rechtskräftige Urteile [13], denen die alte Gesetzesfassung zugrunde liegt, für gegenstandslos erklären. Gegen diese Lösung bestehen jedoch durchschlagende Bedenken, da sie mit der Forderung nach Rechtssicherheit nicht zu vereinbaren ist. Zur Begründung sei nur

---

9) So das BVerfG für die "Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers". Vgl. E 6, 257 (266) und E 11, 255 ff.

10) Vgl. dazu neuestens BVerfGE 15, 167 (206 ff.) und 15, 46 (76)

11) Vgl. BFH, Bundessteuerblatt 1959 III, 140; OVG Hamburg, NJW 1958, 840 (Leitsatz); BVerwG, NJW 1962, 1170.

12) AÖR 88, 331 ff.

13) Gemeint sind wohl letztinstanzliche Urteile

darauf hingewiesen, daß nach dem Vorschlag Schumanns etwa ein seit 10 Jahren rechtskräftiges Zivilurteil vom Gesetzgeber aufgehoben werden könnte, das in keiner Weise - auch nicht mit der Verfassungsbeschwerde - angegriffen wurde. Außerdem würde zusätzlich Rechtsunsicherheit dadurch entstehen, daß der Kreis der aufzuhebenden Urteile keineswegs immer so eindeutig abzugrenzen wäre, wie dies bei BVerfGE 15, 46 ff. möglich ist und daß es dadurch zweifelhaft werden kann, ob ein Urteil nun als weiterbestehend oder als aufgehoben zu gelten hat.

Es zeigt sich also, daß Grundrechtsverletzungen des Bürgers nur wirksam beseitigt werden können, wenn die Verfassungsbeschwerde nicht nur unmittelbar gegen die Legislative gewährt wird, sondern zugleich auch gegen Entscheidungen i.S.d. §§ 93 Abs. 1, 95 Abs. 2 BVerfGG. Aus der Zielsetzung des Verfassungsbeschwerde-Verfahrens, Grundrechtsverletzungen des Bürgers zu beseitigen, ergibt sich daher: Wird bei der unmittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde die Rüge der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes zugelassen, so muß die Zulässigkeit dieser Rüge notwendig auch bei der nur mittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde bejaht werden [14]. In einem solchen Verfahren hat das Bundesverfassungsgericht dann nicht nur generell über die Verfassungswidrigkeit eines Zustandes zu entscheiden, sondern im Hinblick auf den Einzelfall auch über die Aufhebung der mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen "Entscheidung" und über die Aussetzung des z.B. bei den ordentlichen Gerichten anhängigen Verfahrens bis zur gesetzlichen Neuregelung. Die sich daraus ergebenden Schwierigkeiten für das z.B. bei einem ordentlichen Gericht anhängige Verfahren können wegen der Einheitlichkeit des Instituts der Verfassungsbeschwerde nur als Argument gegen die Zulässigkeit der Rüge eines verfassungswidrigen Zustandes überhaupt angeführt werden [15].

4. Eine ähnliche Konnexität wie im Verhältnis zwischen unmittelbar und mittelbar gegen die Legislative gerichteter Verfassungsbeschwerde besteht aber auch im Verhältnis zwischen der Verfassungsbeschwerde einerseits und dem Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG andererseits: Gibt man dem von einer Verfassungsverletzung Betroffenen nach Erschöpfung des Rechtswegs gegen die rechtskräftige Entscheidung den Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde, so ist nicht einzusehen, warum es den Gerichten verwehrt sein soll, von sich aus eine Hei-

14) Diese Erwägungen dürften im Hintergrund stehen, wenn das BVerfG neuestens auch bei der nur mittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde die Rüge verfassungswidrigen gesetzgeberischen Unterlassens zuläßt. (BVerfGE 15, 46 ff. vgl. auch oben S. 31).

15) Vgl. dazu unten, S. 83 f. bzw. 85 f.

lung des verfassungswidrigen Zustandes herbeizuführen und dadurch das Verfahren abzukürzen. Es wäre ein Unding, z.B. von einem ordentlichen Gericht zu verlangen, daß es sich gegenüber einem verfassungswidrigen Zustand blind stellt und ein bewußt unhaltbares Urteil erläßt, um dann den Betroffenen damit zu trösten, er könne im Wege der Verfassungsbeschwerde die Aufhebung dieses unhaltbaren Urteils erreichen.

Wird also im Verfassungsbeschwerde-Verfahren eine reine Feststellungsentscheidung zugelassen, so muß auch eine Vorlage als zulässig behandelt werden, die auf die bloße Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes abzielt. Ähnlich wie bei der mittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde hätte das Bundesverfassungsgericht auch hier nicht nur generell über die Verfassungswidrigkeit eines Zustandes zu befinden, sondern im Hinblick auf den Einzelfall auch über die Aussetzung des anhängigen Verfahrens.

5. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die Frage der Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung für die unmittelbar und mittelbar gegen die Legislative gerichtete Verfassungsbeschwerde und für das Vorlageverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG nur einheitlich entschieden werden kann.

4. Kapitel

Bleibt neben der Kassation noch Raum für die Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes?

Während sich Kassation und Unterlassungsentscheidung grundsätzlich gegenseitig ausschließen, ist das Verhältnis zwischen Kassation und reiner Feststellungsentscheidung anders gestaltet: Da die Kassation immer inzident die Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes enthält, ist sie rein theoretisch gesehen stets durch eine reine Feststellungsentscheidung ersetzbar. Kann also die Unterlassungsentscheidung im Verhältnis zur Kassation als aliud angesehen werden, so stellt die reine Feststellungsentscheidung ein minus dar im Verhältnis zum plus der Kassation. Deshalb bleibt kein Raum mehr für die reine Feststellungsentscheidung, soweit die einschlägigen Verfahrensbestimmungen die weiter gehende Entscheidung der Kassation vorschreiben. Aus diesem Grunde muß geprüft werden, inwieweit das BVerfGG nach Sinn und Zweck die weiter reichenden Wirkungen der Kassation verwirklicht haben will und dadurch die reine Feststellungsentscheidung verdrängt.

A. Wann besteht keine Konkurrenz zwischen Kassation und reiner Feststellungsentscheidung?

Eine Konkurrenz zwischen Kassation und Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes besteht in den Fällen nicht, in denen ein verfassungswidriger Zustand aus Mangel am Vorhandensein einer Norm nicht durch eine Kassation behoben werden kann [1]. Wird etwa bei der abstrakten Rechtskontrolle das Fehlen eines Parteiengesetzes (Art. 21 Abs. 3 GG) gerügt, so kann über einen insoweit bestehenden verfassungswidrigen Zustand - wenn überhaupt - nur mit der reinen Feststellungsentscheidung entschieden werden. Da das Institut der Kassation durch das evtl. Bestehen einer weiteren Entscheidungsmöglichkeit überhaupt nicht berührt wird, besteht in diesen Fällen kein Anlaß, die Zulässigkeit der reinen Feststellungsentscheidung im Hinblick auf die positiven Vorschriften über die Kassation zu verneinen.

B. Die Fälle der scheinbaren Konkurrenz

Als weitere Gruppe sind die Fälle zusammenzufassen, in denen zwar eine vernichtbare Norm vorhanden ist, der verfassungswidrige Zustand durch ihre Kassation aber nicht beseitigt werden würde. [2] Als Beispiel sei auf den der Entscheidung BVerfGE 8, 1 ff. zugrundeliegenden Sachverhalt verwiesen: Eine Besoldungsregelung gewährt einer Gruppe von Beamten weniger als den durch Art. 33 Abs. 5 GG garantierten angemessenen Lebensunterhalt. Würde hier die positive Besoldungsregelung kassiert, so wäre dadurch noch kein gesetzlicher Anspruch auf angemessenen Lebensunterhalt geschaffen; im Gegenteil, durch eine solche Kassation würde der gesetzliche Anspruch auf Besoldung überhaupt formell beseitigt.

Ein der Verfassung entsprechender Zustand kann in solchen Fällen überhaupt erst durch den Gesetzgeber geschaffen werden. Die Kassation hätte praktisch also lediglich die Funktion, den Gesetzgeber zum Tätigwerden zu veranlassen. Die normale Wirkung der Kassation, nämlich die Beseitigung einer Norm, wäre hier geradezu unerwünscht. Sie könnte allenfalls - und zwar mit Bedenken - in Kauf genommen werden. Sinn und Zweck der Kassation ist es aber gerade, den verfassungswidrigen Zustand unmittelbar zu beseitigen. Diese Zielsetzung würde hier also nicht nur nicht erreicht, ihr würde geradezu zuwidergehandelt, indem der verfassungswidrige Zustand durch die Kassation regelmäßig zunächst verschlimmert würde.

Da die Kassation somit als geeignetes Mittel zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes ausscheidet, besteht also auch hier in Wirklichkeit keine Konkur-

1) Vgl. oben S. 22 f.
2) Vgl. oben S. 23 f.

renz zwischen Kassation und Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Zustandes. Deshalb stehen auch hier die Vorschriften, die ausschließlich die Kassation als Sanktion bei einem verfassungswidrigen Zustand vorsehen, nach Sinn und Zweck einer reinen Feststellungsentscheidung nicht entgegen.

C. Die Fälle der echten Konkurrenz

Schließlich sind die Fälle zu betrachten, in denen eine echte Konkurrenz zwischen Kassation und reiner Feststellungsentscheidung besteht. Hier kann durch die Kassation der angegriffenen Norm ein mit der Verfassung vereinbares Ergebnis erzielt werden. Das bedeutet, daß - anders als in den vorstehend beschriebenen Fällen (A. und B.) - von der verletzten Verfassungsnorm her keine Bedenken gegen eine Kassation bestehen. Da jede Kassation inzident die Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes enthält, könnte hier die Verfassungsverletzung theoretisch sowohl durch eine Kassation, als auch durch eine reine Feststellungsentscheidung beseitigt werden. Es fragt sich jedoch, inwieweit die Vorschriften des BVerfGG nach Sinn und Zweck die Entscheidung der Feststellung eines verfassungswidrigen Zustandes zugunsten der Kassation verdrängen. Im folgenden muß daher geprüft werden, inwieweit das BVerfGG mit der Erwähnung der Kassation eine abschließende Regelung der zulässigen Entscheidungsaussprüche trifft:

I. Durch das Institut der Kassation soll zunächst der Gedanke des Vorrangs der Verfassung verwirklicht werden. Nach der Regelung des BVerfGG soll sich der Vorrang in der Weise auswirken, daß mit der Verfassung in Widerspruch stehende Normen von Anfang an den ranghöheren Verfassungsnormen nachzustehen haben. Mit der Kassation soll der verfassungswidrige Zustand also grundsätzlich [3] ex tunc beseitigt werden.

Diese Funktion der Kassation kann aber auch mit einer reinen Feststellungsentscheidung erfüllt werden. Denn der Vorrang der Verfassung kann in gleicher Weise wie unmittelbar durch den Spruch des Bundesverfassungsgerichts auch vom Gesetzgeber gewahrt werden, wenn er auf eine reine Feststellungsentscheidung hin tätig wird. Die Aufgabe, der Verfassung grundsätzlich von Anfang an zur Geltung zu verhelfen, würde sich dann nur vom Bundesverfassungsgericht auf den Gesetzgeber verlagern. Erklärt man also den Gesetzgeber für verpflichtet, bei der notwendig werdenden Neuregelung den verfassungswidrigen Zustand grundsätzlich [4] mit Wirkung ex tunc zu beseitigen, so bestehen im Hinblick auf die Rückwirkung keine Bedenken gegen eine reine Feststellungsentscheidung.

---

3) Die Ausnahmen von der grundsätzlichen "Rückwirkung" sind in § 79 BVerfGG aufgezählt.

4) Auch hier wären die Modifikationen der ex-tunc-Wirkung zu beachten, die sich im einzelnen aus § 79 BVerfGG ergeben.

II. Daneben entscheidet sich das BVerfGG durch die Hervorhebung der Kassation aber auch grundsätzlich für das Prinzip der unmittelbaren Beseitigung eines verfassungswidrigen Zustandes durch das Bundesverfassungsgericht. Im Gegensatz dazu würde die mittelbare Beseitigung eines verfassungswidrigen Zustandes etwa in der Weise stehen, daß sich das Bundesverfassungsgericht auf eine Anweisung an den Gesetzgeber beschränkt, einen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen. Mittelbar würde die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes aber auch erfolgen, wenn das Bundesverfassungsgericht eine reine Feststellungsentscheidung ohne jede unmittelbare Gestaltungswirkung erließe.

Für die Bevorzugung des Prinzips der Unmittelbarkeit gibt es verschiedene Gründe:

a) Zunächst einmal ist es für die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zu den politischen Gewalten entscheidend, welche gerichtlichen Maßnahmen ihnen gegenüber zulässig sind. So gesehen bedeutet die Kassationsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts eine gewisse Hervorhebung und Stärkung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zu den anderen Gewalten.

b) Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß bei der nur mittelbaren Beseitigung mit dem Gesetzgeber ein politisches Organ in den Prozeß eingeschaltet würde. Bei einem politischen Organ besteht aber mindestens die Gefahr, daß es politische Erwägungen über verfassungsrechtliche stellt. Kelsen [5] bezeichnet es geradezu als eine politische Naivität, dem Gesetzgeber die Aufhebung verfassungswidriger Vorschriften zu überlassen. Inwieweit das darin zum Ausdruck kommende Mißtrauen gegen den Gesetzgeber heute noch allgemein berechtigt ist, soll hier nicht entschieden werden. Auf jeden Fall wird durch die Kassation von vornherein schon die Gefahr einer Überspielung der Verfassung aus politischen Gründen weitgehend vermieden.

c) Ein anderer Vorzug der Kassation besteht darin, daß sie zu einer sofortigen Klärung der Rechtslage führt:
Infolge ihrer Gestaltungswirkung steht mit Ergehen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts fest, was geltendes Recht ist. Bei der mittelbaren Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes wäre dagegen mit der Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung nur gesagt, daß die seitherige Regelung nicht weiter bestehen kann. Ob und in welchem Umfang sie vom Gesetzgeber ersatzlos beseitigt oder durch eine andere Regelung ersetzt werden würde, bliebe bis zu seinem Tätigwerden ungewiß. Zu der allgemeinen Rechtsunsicherheit, die schon im Hinblick auf die Anhängigkeit einer abstrakten Rechtskontrolle besteht, würde also noch ein weiterer Unsicherheitsfaktor treten.

5) VVdStRL 5, 30 ff. (53)

d) Schließlich bildet das Prinzip der Unmittelbarkeit in gewissem Umfang die Voraussetzung für die Verbindung der abstrakten Rechtskontrolle mit der Entscheidung in einem konkreten Einzelfall, wie sie sich vor allem im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG ("konkrete Normenkontrolle") und bei der mittelbar gegen eine Norm gerichteten Verfassungsbeschwerde findet. Mag eine Beschränkung des Bundesverfassungsgerichts auf die Aussetzung des konkreten Verfahrens bis zur gesetzlichen Neuregelung in Ausnahmefällen vielleicht tragbar sein, als Regel wäre sie jedenfalls deshalb nicht praktikabel, weil sie den Fortgang des über den Einzelfall anhängigen Verfahrens immer in unabsehbarer Weise lähmen würde.

Es zeigt sich also, daß das in der Regelung des BVerfGG zum Ausdruck kommende Prinzip der Unmittelbarkeit eine reine Feststellungsentscheidung ausschließt. Fraglich ist nur, wie weit das Prinzip der Unmittelbarkeit vom Bundesverfassungsgerichtsgesetz tatsächlich verfolgt wird. Deshalb soll im folgenden untersucht werden, inwieweit andere Prinzipien, die ebenfalls in der gesetzlichen Regelung ihren Niederschlag finden müssen, das Prinzip der Unmittelbarkeit vielleicht in gewissem Umfang verdrängen.

III. Das im Grundgesetz verwirklichte Rechtsstaatsprinzip umfaßt auch die Gewährleistung der Rechtssicherheit. Nach BVerfGE 3, 225 (237) ist sogar der Verfassungsgesetzgeber bis zu einer bestimmten Grenze gehalten, die Rechtssicherheit zu verwirklichen. Damit kommt zum Ausdruck, daß das Gebot der Rechtssicherheit rangmäßig zumindest neben, wenn nicht über den anderen Rechtssätzen der Verfassung steht. Diese Stellung der Rechtssicherheit im Verfassungsgefüge muß auch bei der Durchsetzung der Verfassungsnormen beachtet werden. Die vom Bundesverfassungsgericht bei einem verfassungswidrigen Zustand zu verhängenden Sanktionen müssen also auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit unbedenklich sein.

1. Das Prinzip der Rechtssicherheit wird bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über einen verfassungswidrigen Zustand vor allem in folgenden drei Ausformungen berührt:

a) Zunächst hinsichtlich der Forderung nach Rechtsklarheit [6]. Bei der Kassation wird zwar eindeutig festgelegt, was nicht gilt. Auf der anderen Seite kann aber in aller Regel nicht ausgesprochen werden, was nach der Kassation positiv gelten soll. Es kann daher geschehen, daß sich nach einer Kassation nicht mehr eindeutig feststellen läßt, was nun eigentlich geltendes Recht ist. Die Kassation kann also durchaus zu einem Zustand der Rechtsunklarheit führen.

---

6) Vgl. dazu vor allem BVerfGE 5, 25 (31 ff.)

Bei der reinen Feststellungsentscheidung besteht diese Gefahr nicht in gleichem Umfang, da bei ihr der verfassungswidrige Zustand erst und nur durch den Gesetzgeber beseitigt wird, der auch festlegen kann, welche Normen positiv gelten sollen.

b) Das Gebot der Rechtssicherheit verlangt auch den Schutz des Vertrauens in die Gültigkeit einer verkündeten konkreten Rechtsnorm [7]. Die Forderung nach Vertrauensschutz steht aber im Widerspruch zu dem im Grundgesetz [8] niedergelegten Prinzip des Vorrangs der Verfassung, das auch in den Vorschriften des BVerfGG über die Kassation insofern seinen Niederschlag findet, als es anordnet, daß eine verfassungswidrige Regelung grundsätzlich mit Wirkung ex tunc außer Kraft zu setzen ist: Das Prinzip des Vorrangs verlangt schlechthin die Ungültigkeit allen der Verfassung widersprechenden Rechts, während das Vertrauen in seine Gültigkeit nur durch seine Aufrechterhaltung vollkommen geschützt werden kann.

Bei der reinen Feststellungsentscheidung prallen die Prinzipien des Vorrangs der Verfassung und des Vertrauensschutzes ähnlich aufeinander, wenn der Gesetzgeber auf die Entscheidung hin eine Neuregelung zu treffen hat.

c) Noch in einem dritten Punkt macht das Gebot der Rechtssicherheit die Sanktion bei einem verfassungswidrigen Zustand problematisch: Abgesehen vom konkreten Einzelfall bringt schon die Möglichkeit, eine Norm zu kassieren, notwendig eine allgemeine Rechtsunsicherheit mit sich: Der Rechtsunterworfene kann sich allgemein nicht auf die Gültigkeit des im Range unter der Verfassung stehenden Rechts verlassen [9], da stets die Gefahr des Widerspruchs mit einer ranghöheren Norm und damit die Gefahr der latenten Ungültigkeit besteht. Daraus leitet sich die Forderung ab, bei der Wiederherstellung eines der Verfassung entsprechenden Zustandes das bisher formell geltende Recht in möglichst großem Umfang aufrechtzuerhalten.

2. Die Vorschriften des BVerfGG, die die Sanktion bei einem verfassungswidrigen Zustand regeln, müssen zunächst einmal unter dem Leitbild der Verwirklichung der materialen Gerechtigkeitswerte der Verfassung stehen. Andererseits haben sie aber auch dem formalen Gerechtigkeitswert der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen.

---

7) Vgl. zum Vertrauensschutz vor allem BVerfGE 15, 313 (324 f.)

8) Vgl. vor allem Art. 1 Abs. 3 und 20 Abs. 3 GG

9) Darüber hinaus kann er sich im Hinblick auf die Möglichkeit der Verfassungswidrigkeit von Verfassungsnormen (vgl. vor allem Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen? und BVerfGE 3, 225, 230 ff.) nicht einmal generell auf die Gültigkeit von Verfassungsnormen verlassen.

Bei der praktischen Anwendung dieser sich widerstreitenden Prinzipien ist mit dem Bundesverfassungsgericht [10] davon auszugehen, daß es grundsätzlich in weitem Rahmen zulässig ist, den Grundsatz der Rechtssicherheit auf Kosten der materialen Gerechtigkeit zu bevorzugen und umgekehrt der materialen Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit den Vorrang zu geben. Die Rechtssicherheit ist also grundsätzlich kein absoluter Wert. Andererseits sind bei ihrer Beeinträchtigung aber die in BVerfGE 3, 225 (237 ff.) herausgearbeiteten Grenzen zu beobachten. Dort wird ausgeführt: "Die Rechtssicherheit zu vernachlässigen kann aber auch dem Verfassungsgeber nur bis zu einer bestimmten Grenze gestattet sein. Würde eine Norm, die dem Recht immanente Funktion der Friedensbewahrung verleugnen, verfälschen oder in unerträglichem Maße mißachten, so könnte sie selbst in der Gestalt einer ursprünglichen Verfassungsnorm nichtig sein."

3. Die Vorschriften über die Kassation müssen daher unter dem Gesichtspunkt des Ausgleichs widerstreitender Prinzipien gesehen werden:

a) Dieser Ausgleich findet sich in der Regelung des BVerfGG zunächst einmal generell: Während bei der Schaffung der Kassation mit ex-tunc-Wirkung in erster Linie der materialen Gerechtigkeit der Vorzug gegeben wird, kommt bei der in § 79 BVerfGG angeordneten Beschränkung der Rückwirkung wieder das Prinzip der Rechtssicherheit zum Zuge, soweit es sich um abgeschlossene Fälle handelt.

b) Die Forderung nach Rechtssicherheit kommt aber innerhalb des generellen Rahmens noch einmal zum Durchbruch:
Das BVerfGG läßt seinem Wortlaut nach die Modalitäten der Kassation offen. Es beschränkt sich auf die Anordnung der Kassation überhaupt. Ein der Verfassung entsprechender Zustand kann aber häufig in gleicher Weise durch mehrere, im Umfang unterschiedliche Kassationen erreicht werden. So war z.B. in BVerfGE 6, 55 ff. die Unvereinbarkeit der Ehegattenbesteuerung mit Art. 6 Abs. 1 GG durch ein Zusammenwirken der steuerrechtlichen Prinzipien der Progression und der Zusammenveranlagung hervorgerufen worden. Ein verfassungsgemäßer Zustand war durch die Beseitigung eines jeden dieser Prinzipien zu erreichen. Das Bundesverfassungsgericht erklärte ohne Begründung das im Steuerrecht in wesentlich geringerem Umfang verwirklichte Prinzip der Zusammenveranlagung für nichtig. Aus diesem Beispiel zeigt sich, daß dort, wo die mit der Kassation verfolgten Ziele des Vorrangs der Verfassung und der Unmittelbarkeit in gleicher Weise auf verschiedenen Wegen erreicht werden können, der Weg gewählt werden kann und muß, der die Rechtssicherheit am ehesten gewährleistet.

---

10) Vgl. z.B. BVerfGE 7, 194 (196)

Die Funktion der Rechtssicherheit innerhalb der Nichtigerklärung ist damit aber noch nicht erschöpft: Ist es fast selbstverständlich, daß von zwei gleichwertigen Entscheidungsmöglichkeiten derjenigen der Vorzug gebührt, die dem Ideal der Rechtssicherheit am nächsten kommt, so erscheint es problematisch, ob bei ungleichwertigen Entscheidungsmöglichkeiten das Gebot der Rechtssicherheit den Ausschlag für die Wahl derjenigen geben kann, die dem System des BVerfGG an sich weniger entspricht. Zu denken ist dabei an den Fall, daß einmal die Nichtigerklärung einer Regelung als Ganzes in Betracht kommt, zum anderen aber eine - im materiellen Sinne - positive Umgestaltung der betreffenden Regelung durch Nichtigerklärung von Teilen.

Als klassisches Beispiel für die positive Gestaltung einer Regelung durch Nichtigerklärung von Gesetzesteilen soll die Entscheidung BVerfGE 6, 273 ff. [11] genannt werden: In den Vorschriften des Einkommensteuerrechts war die steuerliche Abzugsfähigkeit von Spenden angeordnet, die an bestimmte, schon bisher erfolgreiche Parteien gegeben worden waren. Das Bundesverfassungsgericht erklärte diejenigen Worte für nichtig, welche die Beschränkung auf bestimmte Parteien aussprachen, und dehnte dadurch die steuerliche Abzugsfähigkeit auf alle Parteispenden aus. In E 8, 28 (36 f.) rechtfertigt das Bundesverfassungsgericht dieses Verfahren vor allem mit der Begründung, daß die verschiedene Behandlung der Parteien vom Gesetzgeber offensichtlich nur zur Erleichterung der technischen Durchführung vorgenommen worden sei, nicht aber, um der Sache nach nur einen engeren Kreis von Parteien zu erfassen. - Ein weiteres Beispiel für die positive Gestaltung einer rechtlichen Regelung durch Nichtigerklärung von Ausnahmebestimmungen findet sich im BVerfGE 4, 219 (243 ff.): Hier wird durch die Nichtigerklärung einer Ausnahmebestimmung erreicht, daß im Land Württemberg-Baden alle bei der Entnazifizierung beschäftigt gewesenen Personen hinsichtlich der Weiterbeschäftigung gleich begünstigt werden.

Folgerichtig bleibt das Bundesverfassungsgericht jedoch nicht bei der Nichtigerklärung von Satzteilen stehen: Läßt sich die erwünschte positive Gestaltung wegen der besonderen Formulierung der verfassungswidrigen Regelung nicht durch die Streichung von Worten oder Satzteilen erreichen, so formuliert das BVerfG den für nichtig zu erklärenden Teil selbst und erklärt die Regelung "insoweit" für nichtig. So wurde in BVerfGE 4, 331 ff. der § 69 Abs. 2 des Soforthilfegesetzes insoweit für nichtig erklärt, als er bestimmte, daß die Beschwerdeausschüsse als Verwaltungsgerichte entscheiden sollten. Da infolge dieser Nichtigerklärung die verwaltungsgerichtliche Generalklausel wieder zum Zuge kam, wurde durch sie positiv der Verwaltungsrechtsweg eröffnet. Ähnlich erklärte das BVerfG in E 7, 320 ff. den § 21 Abs. 2 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender

11) Vgl. dazu BVerfGE 8, 28 (36 f.) und 14, 308 (311 f.)

Schriften insoweit für nichtig, als er für den Tatbestand des § 6 Abs. 2 des Gesetzes den aus der Verfassung zu entnehmenden Rechtfertigungsgrund für erziehungsberechtigte Eltern zu einem Strafausschließungsgrund abschwächte. Positive Gestaltungen durch "Insoweit-Nichtigerklärungen" finden sich weiter z.B. in BVerfGE 6, 246 (256 f.) und 6, 282 ff.

Auf der anderen Seite geht das BVerfG in zahlreichen Entscheidungen [12] davon aus, daß es grundsätzlich unzulässig sei, eine der Verfassung entsprechende Regelung durch das Gericht neu zu setzen. Die oben genannten Fälle der positiven Gestaltung durch Nichtigerklärung werden im wesentlichen als besondere, im Hinblick auf den Einzelfall gerechtfertigte Ausnahmen von diesem Grundsatz bezeichnet [13].

Es fragt sich nun, ob die positiv gestaltende Kassation überhaupt zulässig ist und - für den Fall ihrer Zulässigkeit - nach welchen Regeln sie von anderen Entscheidungsmöglichkeiten abzugrenzen ist. Bedenken gegen ihre Zulässigkeit könnten vor allem aus dem Gewaltenteilungsprinzip hergeleitet werden: In der "Schaffung" einer gesetzlichen Regelung könnte ein Einbruch in den Kernbereich der Legislative gesehen werden.

aa) Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man einen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung mit der Begründung verneinen, das Bundesverfassungsgericht schaffe mit seiner Gestaltung ja nichts Endgültiges; dem Gesetzgeber stehe es vielmehr frei, eine seinen Intentionen nicht entsprechende gerichtliche Gestaltung durch eine andere der Verfassung entsprechende Regelung zu ersetzen; da diese Ersetzung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts [14] grundsätzlich auch mit rückwirkender Kraft erfolgen könne, werde die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gewahrt. Bei dieser Argumentation wird jedoch übersehen, daß schon allein die positive Gestaltung durch ein Gericht und die damit verbundene Ausübung gesetzgeberischen Ermessens grundsätzlich dem Gewaltenteilungsprinzip widerspricht: Rechtssetzung ist eben nicht Rechtsprechung. Die Befugnis der Legis-

---

12) Vgl. z.B. E 2, 380 (405 f.); 3, 19 (29); 3, 58 (136)

13) Vgl. insbesondere BVerfGE 8, 28 (36 f.) und 14, 308 (311)
Vgl. im übrigen auch BVerfGE 6, 55 (84) und 9, 291 (302)

14) Vgl. E 7, 89 (94): "Gerade die rechtsstaatliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die das Grundgesetz in so weitgehendem Umfang verwirklicht, führt notwendig dazu, daß der Gesetzgeber Verhältnisse, die er oder die Verwaltung gesetzlich geregelt glaubte, auf Grund gerichtlicher Entscheidung nicht oder anders geregelt findet, als er annahm; gerade die Rechtsstaatlichkeit kann so den Gesetzgeber zu rückwirkenden Regelungen veranlassen." Vgl. auch BVerfGE 13, 261 (271 f.)

lative, nachträglich zu korrigieren, ändert nichts daran, daß mit dem Bundesverfassungsgericht ein zur Rechtssetzung nicht berufenes Organ die Rechtsordnung gestaltet hat [15]). Somit steht fest, daß eine positive Gestaltung der Rechtsordnung durch das Bundesverfassungsgericht mit dem Gewaltenteilungsprinzip grundsätzlich nicht zu vereinbaren ist.

bb) Da das Gewaltenteilungsprinzip aber ähnlich wie das Prinzip der Rechtssicherheit kein absolut geltender Grundsatz ist, wird damit noch nichts Endgültiges über die Zulässigkeit des vom Bundesverfassungsgericht angewandten Verfahrens ausgesagt. Vielmehr ist zu prüfen, inwieweit das Gewaltenteilungsprinzip dem Prinzip der Rechtssicherheit weichen kann und muß.

Ausgangsbasis für diese Prüfung muß die Tatsache sein, daß jede Kassation von Normen einen gewissen Eingriff in die Sphäre der Legislative enthält. Dieses Hinübergreifen in die Sphäre der Legislative resultiert einmal daraus, daß das Bundesverfassungsgericht der Form nach als "negativer Gesetzgeber" tätig wird, zum anderen aber aus dem Umstand, daß es von mehreren Möglichkeiten zur Wiederherstellung eines verfassungsgemäßen Zustandes gerade nur die eine der Kassation anwendet. Wird also z.B. eine Personengruppe unter Verstoß gegen Art. 3 GG bevorzugt, so wird die Ermessenssphäre des Gesetzgebers und damit der Gewaltenteilungsgrundsatz schon insofern berührt, als die dem Gesetzgeber an sich zustehenden Möglichkeiten der mehr oder weniger starken Ausdehnung der Bevorzugung für das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich ausscheiden und nur die Kassation der Bevorzugung bleibt. Somit läßt sich schon bei Betrachtung der negativen Gestaltungswirkung der Kassation eine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips feststellen.

Es zeigt sich also, daß das BVerfGG das Gewaltenteilungsprinzip keinesfalls absolut verwirklichen will. Damit bestehen keine grundsätzlichen Hindernisse, die vom Gebot der Rechtssicherheit her erforderlichen Durchbrechungen des Gewaltenteilungsprinzips schon bei der Auslegung des BVerfGG zu berücksichtigen. Diese Erkenntnis eröffnet vielleicht einen Weg, die dem Gewaltenteilungsgrundsatz widersprechende positiv gestaltende Kassation unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit zu rechtfertigen.

Bei der näheren Prüfung dieser Möglichkeit muß zunächst einmal festgelegt werden, in welchem Maße das Prinzip der Rechtssicherheit in der Lage ist, den

---

15) Vgl. dazu auch die erste Friedensgerichtsentscheidung (BVerfGE 10, 200, 218 f.), wo ausgeführt wird, daß der verfassungsrechtliche Mangel der Gemeindefriedensgerichte nicht dadurch geheilt werde, daß ihre Entscheidungen bei einem Gericht i.S.d. Art. 92 GG angefochten werden könnten.

Grundsatz der Gewaltenteilung zu verdrängen. Wie immer bei der Verwirklichung widerstreitender Verfassungsprinzipien ist dabei durch Abwägung festzustellen, welchem Grundsatz nun im Einzelfall der Vorrang gebührt. Somit sind die verschiedenen im Einzelfall in Betracht kommenden, mehr oder weniger stark positiv gestaltenden Kassationsmöglichkeiten einander gegenüberzustellen. Für das Ergebnis der Abwägung ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit z.B. wesentlich, in welchem Umfang bei den einzelnen in Betracht kommenden Kassationen eine Norm zu beseitigen wäre, wie groß jeweils der Kreis der Betroffenen wäre, in welchem Maße das Vertrauen der Betroffenen in die Gültigkeit der betreffenden Norm schutzwürdig ist, ob der Vertrauensschutz für die Betroffenen nur durch eine Modifizierung der Nichtigerklärung gewährt werden kann [16] und ob der nach der Nichtigerklärung entstehende Zustand die rechtliche Regelung mit genügender Deutlichkeit erkennen läßt. Unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung muß z.B. ausschlaggebend sein, in welchem Umfange jeweils in den Ermessensbereich des Gesetzgebers eingegriffen wird. Dabei ist zunächst entscheidend, ob überhaupt theoretisch noch ein Ermessensspielraum besteht. Sodann ist zu fragen, ob in der praktischen Durchführung noch mehrere Regelungsmöglichkeiten vorhanden sind [17]. Schließlich kann auch berücksichtigt werden, ob sich der Gesetzgeber für den Fall der Verfassungswidrigkeit seiner Regelung bereits geäußert hat, so daß mit größter Wahrscheinlichkeit die vom Bundesverfassungsgericht mit positiv gestaltender Nichtigerklärung zu schaffende Regelung auch vom Gesetzgeber getroffen werden würde [18].

Bei der Durchführung der Abwägung im einzelnen ist davon auszugehen, daß die Verfassung - ähnlich wie beim Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit [19] - einen gewissen Spielraum läßt, innerhalb dessen die Rechtssicherheit auf Kosten des Gewaltenteilungsprinzips bevorzugt werden darf und umgekehrt das Gewaltenteilungsprinzip auf Kosten der Rechtssicherheit in Geltung gesetzt werden kann. Innerhalb dieses Spielraums ist zunächst einmal

---

16) Dabei ist namentlich zu beachten, daß § 79 BVerfGG das Vertrauen bei Nichtigerklärung von zivilrechtlichen Normen nur unvollkommen schützt (vgl. dazu BGH, NJW 1963, 759). Daß § 79 BVerfGG auch im öffentlichen Recht den Vertrauensschutz nicht immer im erforderlichen Umfange gewährleistet, zeigt das Beispiel der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Spenden an Parteien: BVerfGE 8, 51 (71)

17) So blieb z.B. in den Fällen BVerfGE 4, 219 ff.; 6, 246 ff. und 6, 282 ff. auch für den Gesetzgeber praktisch nur die vom BVerfG verwirklichte Gestaltung.

18) So lag der Fall bei der ersten Parteispendenentscheidung (BVerfGE 6, 273 ff.)

19) S. oben S. 68

das BVerfGG maßgebend für die Entscheidung nach der einen oder anderen Seite. Das BVerfGG betont aber eindeutig das Gewaltenteilungsprinzip, indem es innerhalb der abstrakten Rechtskontrolle verpflichtende oder gar formell positiv gestaltende Entscheidungen nicht zuläßt. Auf der anderen Seite tritt jedoch das Prinzip der Rechtssicherheit nicht völlig in den Hintergrund. Denn einmal haben die Schöpfer des BVerfGG den nicht zuletzt der Verwirklichung der Rechtssicherheit dienenden [20] Grundsatz der Unmittelbarkeit stark hervorgehoben. Zum anderen aber muß davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber bei der Kassation von vornherein eine gewisse positiv gestaltende Wirkung in Kauf genommen hat, weil die Kassation in unserer komplizierten Rechtsordnung nur so überhaupt erst praktikabel wird [21].

Es ergibt sich also, daß eine positive Gestaltung durch Kassation in dem Umfange zulässig ist, in dem überwiegende Gründe der Rechtssicherheit eine solche Gestaltung verlangen.

cc) Wird bei den oben [22] angeführten Beispielen in dieser Weise zwischen dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Gewaltenteilungsprinzip abgewogen, so ergibt sich folgendes: In BVerfGE 6, 273 ff. (erste Parteispendenentscheidung) wäre als Alternative zur Beseitigung der Ausnahmebestimmung praktisch nur die Nichtigerklärung der gesamten Parteispendenregelung in Betracht gekommen. Diese letztere Lösung hätte aber einen schweren Einbruch in die Rechtssicherheit bedeutet, einmal weil das Vertrauen der begünstigten Parteien in die Weitergeltung der Regelung enttäuscht worden wäre [23], zum anderen aber, weil die Begünstigung der Parteien vom damaligen Standpunkt aus [24] an sich nicht zu beanstanden war und deshalb eine für sich genommen einwandfreie weitreichende Regelung nur wegen der Nichtberücksichtigung einer verhältnismäßig unbedeutenden Gruppe hätte beseitigt werden müssen. Auf der anderen Seite stand aber fest, daß der Gesetzgeber eine Unterstützung der Parteien durch steuerbegünstigte Spenden grundsätzlich wollte. Da somit einem unverhältnismäßig intensiven Einbruch in die Rechtssicherheit bei Nichtigerklärung der gesamten Regelung eine verhältnismäßig schwache Beeinträchtigung der Gewaltenteilung bei Nichtigerklärung nur der Ausnahmevorschrift gegenüberstand, war die positiv gestaltende Nichtigerklärung zu wählen. Ähnlich stand in den Fällen des Rechts-

---

20) S. oben S. 65 sub c)

21) S. oben S. 19 ff.

22) S. 69 ff.

23) Vgl. zur Problematik des Vertrauensschutzes für die Vergangenheit oben S. 72, Anm. 16

24) Vgl. dazu aber BVerfGE 8, 51 ff.

wegsausschlusses im Soforthilfegesetz (BVerfGE 4, 331 ff.) und der Nichtberücksichtigung des Rechtfertigungsgrundes des Art. 6 Abs. 2 GG im Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (BVerfGE 7, 320 ff.) fest, daß der Gesetzgeber für den Fall der Verfassungswidrigkeit seiner Regelung mit höchster Wahrscheinlichkeit die vom Bundesverfassungsgericht tatsächlich verwirklichte Gestaltung erstrebt hätte. Im Fall BVerfGE 4, 219 ff. (Ungleichbehandlung der bei der Entnazifizierung beschäftigt gewesenen Personen) war die vom Bundesverfassungsgericht vorgenommene Gestaltung sogar die praktisch einzig denkbare Lösung. Als Alternative zur positiven Gestaltung wäre jeweils nur die Nichtigerklärung einer umfangreichen [25], von der Verfassungswidrigkeit an sich überhaupt nicht betroffenen Regelung in Betracht gekommen, so daß auf Grund der Abwägung eindeutig zugunsten der positiv gestaltenden Nichtigerklärung zu entscheiden war.

Mehr auf der Grenze liegen die Entscheidungen BVerfGE 6, 246 ff. und 6, 282 ff. (späterer Zahlungsbeginn für bestimmte, unter Art. 131 GG fallende Gruppen): Hier wäre die Gleichbehandlung der unter Art. 131 GG fallenden Personen z. B. auch dadurch zu erreichen gewesen, daß der Zahlungsbeginn für alle Betroffenen später gelegt worden wäre, oder daß allen Betroffenen zunächst weniger als ursprünglich vorgesehen gewährt worden wäre [26]. Um dem Gesetzgeber insoweit eine Ermessensausübung über eine verfassungsgemäße Neuregelung zu ermöglichen, hätte an sich die gesamte Regelung für nichtig erklärt werden müssen. Das Bundesverfassungsgericht hat hiervon jedoch mit Recht abgesehen, da es zunächst zweifelhaft war, ob das Gebot des Vertrauensschutzes nicht eine Schlechterstellung der Bevorzugten verbot [27], da weiter eine Nichtigerklärung der gesamten Regelung dem Regelungsauftrag des Art. 131 GG in gewissem Maße widersprochen hätte, und da es schließlich angesichts des sehr kleinen Kreises der Benachteiligten schon aus technischen Gründen äußerst unwahrscheinlich war, daß sich der Gesetzgeber bei einer Neuregelung für das Wiederaufrollen der großen Masse der längst abgeschlossenen Fälle entscheiden würde.

Die Zulässigkeit einer besonders ausgeprägten positiven Gestaltung durch das Bundesverfassungsgericht in den vorstehend beschriebenen Fällen darf jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich hier um Ausnahmefälle handelt und daß das

---

25) In BVerfGE 7, 320 ff. war zwar der Wortlaut der gesamten Regelung nicht besonders umfangreich, wohl aber der Kreis der vom allgemeinen Verbot umfaßten Tatbestände im Verhältnis zum Kreis der Tatbestände, die der in verfassungswidriger Weise geregelten Ausnahmenorm des § 21 Abs. 2 unterworfen waren.

26) Vgl. dazu BVerfGE 14, 308

27) Vgl. dazu neuestens BVerfGE 15, 167 (206 ff.)

Gewaltenteilungsprinzip in aller Regel gegenüber der Forderung nach Rechtssicherheit stärker wiegen wird. Daß das Bundesverfassunsgericht die ihm von der Gewaltenteilung her gezogenen Grenzen durchaus zu beachten weiß und eine von der Rechtssicherheit gebotene Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips sogar sehr zurückhaltend vornimmt, zeigen die zahlreichen Entscheidungen [28], in denen das Bundesverfassungsgericht eine positive Gestaltung durch Nichtigerklärung im Hinblick auf den konkreten Sachverhalt ausdrücklich ablehnt.

dd) Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das Prinzip der Gewaltenteilung innerhalb der Kassation keineswegs absolut gilt, sondern daß es durch das Prinzip der Rechtssicherheit modifiziert werden kann. Das Maß des Einbruchs in das Gewaltenteilungsprinzip bestimmt sich nach einer Güterabwägung.

Insofern bestehen also gewisse Parallelen zu dem vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Institut der "verfassungskonformen Auslegung" [29], mit dem unter weitgehender Nichtbeachtung des gesetzgeberischen Willens - insoweit wird das Gewaltenteilungsprinzip berührt - im Interesse der Rechtssicherheit eine Kassation vermieden werden soll.

c) Nachdem bisher die Modifikationen untersucht wurden, die die Kassation durch das Gebot der Rechtssicherheit erfährt, ist nun zu prüfen, ob das Prinzip der Rechtssicherheit in gewissen Fällen darüber hinaus nicht schlechthin die Kassation verbietet.

aa) In einer Materie, die - wie weite Gebiete des Zivilrechts - einer ständigen und ununterbrochenen Regelung bedarf [30], kann die Kassation von Normen eine erhebliche Rechtsunsicherheit, ja ein Rechtschaos herbeiführen [31]. Als Beispiel wäre etwa an eine auf Art. 6 Abs. 5 GG gestützte Nichtigerklärung des derzeit geltenden Rechts der unehelichen Kinder zu denken. In E 8, 210 (216 f.) läßt es das Bundesverfassungsgericht offen, ob dem Art. 6 Abs. 5 GG ein zum unmittelbaren Vollzug geeigneter präziser Rechtsgehalt innewohnt, so daß dieser Artikel eine ähnliche Funktion übernehmen könnte, wie Art. 3 Abs. 2 GG [32]. Immerhin wird damit aber das Problem angesprochen, ob sich nach der Nichtigerklärung der bisherigen Regelung unmittelbar aus der Verfassung genügend bestimmte Rechts-

---

28) Vgl. z.B. BVerfGE 6, 55 (84); 8, 28 (36 f.); 9, 291 (302); 14, 308 (311)

29) Vgl. insbesondere BVerfGE 9, 194 (200) und dazu Schack und Michel, JUS 1961, S. 269 ff. bzw. S. 274 ff.

30) Vgl. oben S. 20

31) Vgl. dazu auch BVerfGE 3, 34 (39), betr. das Investitionshilfegesetz

32) Vgl. dazu BVerfGE 3, 225 ff.

sätze für die einer ununterbrochenen Regelung bedürftige Materie entnehmen lassen. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Problem im Hinblick auf die spezielle Vorschrift des Art. 6 Abs. 5 GG, indem es darauf abstellt, ob das Grundgesetz hier nur einen Gesetzgebungsauftrag oder eine aktuelle Rechtsnorm enthält. Daß es sich in Wirklichkeit aber um ein allgemeines Problem der Rechtssicherheit handelt, zeigt das folgende Beispiel: Hildegard Krüger [33] hält die BGB-Regelung der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger u. a. insoweit für verfassungswidrig [34], als "höchstpersönliche Angelegenheiten" des Minderjährigen von ihr erfaßt werden. Hildegard Krüger glaubt, diesen verfassungswidrigen Zustand dadurch heilen zu können, daß sie dem Minderjährigen das Recht gibt, analog § 1612 BGB gegen Grundrechtsverletzungen das Vormundschaftsgericht anzurufen. Geht man noch weiter und leitet man aus Art. 2 Abs. 1 GG ein Recht des Minderjährigen auf einen jeweils seiner Entwicklung entsprechenden Umfang seiner Geschäftsfähigkeit her, so läßt sich eine der Verfassung entsprechende Regelung nicht mehr aus der Verfassung selbst oder aus ähnlich geregelten bürgerlich-rechtlichen Rechtsinstituten herleiten: Daß die gegenwärtig geltende starre Regelung des BGB mit der Verfassung nicht zu vereinbaren wäre, stünde zwar fest. Da aber den Forderungen des Art. 2 Abs. 1 GG auf sehr verschiedene Weise Rechnung getragen werden könnte [35] und da die verschiedenen Lösungen von der Verfassung her gleichwertig und gleich naheliegend [36] wären, entstünde mit der Nichtigerklärung der derzeit geltenden Regelung eine echte Lücke im Recht und damit ein Rechtschaos. Angesichts dieser Folge muß in solchen Fällen das Verfassungsgebot der Rechtssicherheit vor die übrigen Verfassungsbefehle gesetzt werden [37]. Die Zulässigkeit einer Kassation ist daher entsprechend den in BVerfGE 3, 225 (237) niedergelegten Grundsätzen von vornherein zu verneinen.

Daß in besonderen Ausnahmefällen auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes eine Kassation verbieten kann, zeigt der vom Bundesverfassungsgericht am

---

33) Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, Einleitung, Randz. 294-303

34) Krüger nimmt Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG an.

35) Vgl. z.B. den Vorschlag Hildegard Krügers, die Vermögenssorge der Eltern ähnlich zu gestalten wie die frühere ehemännliche Verwaltung im Güterstand der Verwaltung und Nutznießung (Krüger-Breetzke-Nowack, Gleichberechtigungsgesetz, Einleitung, Randz. 297-299)

36) Insofern unterscheidet sich die Lage von der durch die Nichtigerklärung der §§ 1628, 1629 Abs. 1 BGB entstandenen: Dort war die Gesamtvertretung die nächstliegende verfassungsgemäße Lösung. Vgl. BVerfGE 10, 59 (89)

37) So auch BVerfGE 3, 34 (39)

20.3.1963 [38] entschiedene Fall: Das Bundesverfassungsgericht erklärte in den Gründen der Entscheidung den Vorrang der männlichen Hoferbfolge, wie er in § 6 Abs. 1 S. 3 der HöfeO vorgesehen ist, für verfassungswidrig und setzte dem Gesetzgeber eine Frist zur Herbeiführung eines verfassungsgemäßen Zustandes. Wohl war dieses Vorgehen hier dadurch bedingt, daß die HöfeO Besatzungsrecht ist. Die Ausführungen zu der Frage, ob die Frist zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes bereits abgelaufen war [39] und das Abstellen auf die verfassungsgerichtliche Klärung bei der Setzung der Frist zur gesetzlichen Neuregelung [40] zeigen jedoch, daß das Bundesverfassungsgericht die betreffende Vorschrift der HöfeO höchstwahrscheinlich auch dann nicht für nichtig erklärt hätte, wenn sie im deutschen Recht enthalten gewesen wäre: Die im Vertrauen auf die Gültigkeit der HöfeO während 15 Jahren geschaffenen Fakten wiegen einfach zu schwer, als daß ihnen mit einer nachträglichen Kassation ihre Grundlage genommen werden könnte.

Hier kommt als Sanktion für den verfassungswidrigen Zustand also überhaupt nur eine reine Feststellungsentscheidung in Betracht, wobei im letztgenannten Fall sogar ernsthaft zu erwägen wäre, ob der Vertrauensschutz nicht auch eine Erstrekkung der gesetzlichen Neuregelung auf den Beschwerdeführer im Wege der Aussetzung des anhängigen konkreten Verfahrens [41] verbietet.

bb) Daneben gibt es aber auch Fälle, in denen das Prinzip der Rechtssicherheit eine Kassation nicht absolut ausschließt, in denen aber - die grundsätzliche Zulässigkeit der reinen Feststellungsentscheidung vorausgesetzt - eine Abwägung zur Bevorzugung der reinen Feststellungsentscheidung führen muß:

Sieht ein Gesetz für 99 von 100 nach Art. 3 GG gleich zu behandelnden Gruppen eine Begünstigung gegenüber der Allgemeinheit vor, indem es für die 100. Gruppe ausdrücklich eine Sonderbehandlung anordnet, so wird die Abwägung nach dem oben [42] dargestellten Grundsätzen regelmäßig zu dem Ergebnis führen: Nicht die begünstigende Regelung als Ganzes ist zu kassieren, sondern nur die Ausnahmeregelung bezüglich der 100. Gruppe. Dadurch wird die Begünstigung auf die 100. Gruppe erstreckt.

Wie ist nun aber zu verfahren, wenn in dem betr. Gesetz die begünstigten Gruppen aufgezählt werden und sich der Ausschluß der 100. Gruppe nur daraus ergibt, daß

38) BVerfGE 15, 337 ff.
39) A. a. O. S. 351 f.
40) A. a. O. S. 352
41) S. oben S. 60
42) S. 71 ff.

sie bei den Begünstigten nicht genannt ist? Eine Ausdehnung der Begünstigung durch Kassation kommt hier nicht in Betracht. Über die Kassation kann ein verfassungsgemäßer Zustand daher nur erreicht werden, wenn die ganze Regelung kassiert wird. Es fragt sich jedoch, ob in solch extremen Fällen der Rechtssicherheit nicht der Vorrang gebührt vor dem mit der Kassation verwirklichten Prinzip der Unmittelbarkeit. Zumindest wenn generell eine reine Feststellungsentscheidung zugelassen wird, die Kassation also nicht überhaupt die einzige Sanktionsmöglichkeit bildet, wird hier der Rechtssicherheit ähnlich der Vorrang zuzuerkennen sein wie bei der Abwägung zwischen mehr oder weniger positiv gestaltender Kassation. In extremen Fällen ist demnach nicht die gesamte Regelung zu kassieren, sondern unter Aufrechterhaltung des bisherigen Rechts lediglich festzustellen, daß ein verfassungswidriger Zustand bestehe [43]. Damit wird erreicht, daß die Wahrung der Rechtssicherheit nicht davon abhängt, ob der Gesetzgeber beim Erlaß der verfassungswidrigen Regelung nun zufällig den betroffenen Personenkreis enumieriert hat, oder das von ihm gewünschte Ergebnis im Wege des Ausschlusses bestimmter Gruppen von einer generellen Regelung zu erreichen suchte.

IV. Aber nicht nur das Gebot der Rechtssicherheit kann sich gegenüber dem Prinzip der Unmittelbarkeit als stärker erweisen. Im Einzelfall ist es vielmehr denkbar, daß bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auch andere Prinzipien als vorrangig zu berücksichtigen sind. So wird z.B. eine Regelung nicht kassiert werden können, wenn durch die Kassation eine ernsthafte Gefahr für das Weiterbestehen des Staats entstünde. Würde etwa in Krisenzeiten ein Gesetz, das allein die Niederschlagung eines gegen die verfassungsmäßige Ordnung gerichteten Aufstandes ermöglicht, der Verfassung widersprechen, so wäre sicher der Weiterexistenz des Staats der Vorrang zu geben. Das Bundesverfassungsgericht könnte in einem solchen Falle also höchstens feststellen, daß ein verfassungswidriger Zustand bestehe, wobei die verfassungswidrige Regelung zunächst einmal weitergelten würde.

D. Ergebnis:

Zusammenfassend läßt sich also sagen, daß die Vorschriften des BVerfGG über die Kassation von verfassungswidrigen Normen prinzipiell keine abschließende Regelung bezüglich der Sanktion bei einem verfassungswidrigen Zustand enthalten, sondern in gewissem Rahmen durchaus Raum lassen für eine reine Feststellungsentscheidung.

---

43) So auch neuestens das BVerfG für das Verhältnis zwischen Nichtigerklärung der gesamten Regelung und Unterlassungsentscheidung (vgl. BVerfGE 15, 46 (75)

5. Kapitel

Die Lösung

Wurde bisher untersucht, inwieweit innerhalb der abstrakten Rechtskontrolle Lücken bleiben, die durch die Kassation von Normen nicht ausgefüllt werden können, so ist nunmehr zu prüfen, ob diese Lücken offen zu bleiben haben, oder ob sie mit einer reinen Feststellungsentscheidung geschlossen werden müssen:

I. Bei dieser Untersuchung ist zunächst vom materiellen Verfassungsrecht auszugehen.

Nach Art. 1 Abs. 3 GG ist die Gesetzgebung an die Grundrechte gebunden. Art. 20 Abs. 3 GG spricht die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung aus. Der Umfang dieser Bindung ergibt sich aus dem materiellen Gehalt der Verfassung, der Aufstellung einer Wertordnung, besonders in den Grundrechten. Da die Grundrechte nicht Programmsätze darstellen, sondern nach ausdrücklicher Vorschrift des Art. 1 Abs. 3 GG als unmittelbar geltendes Recht binden und da dieses vorrangige Recht auch weitgehend der Disposition des Gesetzgebers entzogen ist [1], wurde im Ergebnis die Bewegungsfreiheit der Legislative ganz erheblich beschnitten [2]. Diese Beschneidung des Spielraums des Gesetzgebers hat ihre Wurzel in der Verschiebung der Machtverhältnisse innerhalb des Staats, wie sie von der Zeit der konstitutionellen Monarchie bis heute zu beobachten ist [3]: Mit der Beseitigung der konstitutionellen Monarchie ging das natürliche Spannungsverhältnis zwischen Exekutive und Legislative verloren. An seine Stelle trat insbesondere als Folge des parlamentarischen Systems ein Übergewicht des Parlaments, oder - wenn man so will - ein Übergewicht der hinter dem Parlament stehenden Gruppen, insbesondere der politischen Parteien [4]. Dazu kommt noch, daß ganz unabhängig davon im Zeichen der wachsenden Bedeutung der Daseinsvorsorge für den modernen Staat eine Aufwertung der Legislative festzustellen ist. Nachdem die Weimarer Verfassung diese Entwicklung noch weitgehend ignoriert hatte, suchte ihr das Grundgesetz durch die aus der Verfassung erwachsende Beschränkung der Legislative zu steuern. Das rein machtmäßige Übergewicht der Legislative sollte also durch ihre Unterstellung unter das Recht neutralisiert werden [6].

---

1) Vgl. Art. 79 Abs. 1, 2 und 3 GG, sowie Art. 19 Abs. 1 u. 2 GG
2) Vgl. dazu auch Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 18 ff.
3) Vgl. Werner Weber, Carl-Schmitt-Festschrift, S. 253 ff.
4) Werner Weber, a.a.O., S. 260 ff.
5) Vgl. Werner Weber, a.a.O., S. 262 und Leibholz, Universitas 1959, S. 459 ff.
6) Vgl. dazu auch Maunz-Dürig, Art. 1 GG, Randz. 103

An sich enthält der Grundsatz der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung nur eine Aussage über das Problem, ob der Gesetzgeber frei oder seinerseits dem Recht unterworfen ist. Die Frage der Durchsetzung dieses vorrangigen Rechts und insbesondere die Frage nach der Art der Durchsetzung in einem verfassungsgerichtlichen Verfahren ist damit unmittelbar nicht beantwortet. Andererseits steht aber fest, daß sich das Grundgesetz angesichts des vorstehend bezeichneten Zwecks der Beschränkung des Gesetzgebers nicht mit dem Anspruch der Bindung allein begnügen konnte: Die Neutralisierung des machtmäßigen Übergewichts der Legislative konnte nur wirksam werden, wenn die Bindung der Legislative auch gewährleistet war, der Gesetzgeber sich über sie also nicht hinwegsetzen konnte. Zwar wird in einem demokratischen Rechtsstaat vorausgesetzt werden können und in gewissem Maße sogar vorausgesetzt werden müssen [7], daß die einzelnen Staatsorgane die ihnen von der Verfassung gesetzten Schranken beachten. Daß es aber dennoch eine Illusion wäre, die Einhaltung der Grenzen allein durch ihr Vorhandensein als gewährleistet anzusehen, zeigt mit besonderer Deutlichkeit das Beispiel der Verabschiedung des Gesetzes über den Betriebs- und Belegschaftshandel durch Bundestag und Bundesrat [8]: Hier setzte sich das Parlament aus politischen Rücksichten über offensichtliche Verfassungsverbote hinweg. - Im übrigen erhellt auch aus den zahlreichen Nichtigerklärungen, die das Bundesverfassungsgericht seit seinem Bestehen ausgesprochen hat, daß sich der Vorrang der Verfassung nicht von alleine durchsetzt.

Wird der Grundsatz der Bindung des Gesetzgebers an die Verfassung von seiner Aufgabe her betrachtet, so ergibt sich also, daß er die Durchsetzbarkeit der Bindung voraussetzt und so mittelbar ein Gebot der Verwirklichung der Verfassung gegenüber der Legislative enthält.

II. Wie sich nun aus Art. 93 und Art. 100 GG ergibt, sollte der Legislative gegenüber das Bundesverfassungsgericht der prinzipale Hüter der Verfassung sein. Auf eine Durchsetzung durch den Bundespräsidenten [9] oder etwa durch die öffentliche Meinung [10] konnten sich die Schöpfer des Grundgesetzes nach den Erfahrungen zur Zeit der Geltung der Weimarer Verfassung nicht verlassen. Da infolge des Übergewichts der Legislative auch von der Exekutive her kein entscheidender

7) BVerfGE 6, 257 (266)

8) Vgl. dazu Tiefenbacher, BB 1961, 1177 f., mit weiteren Nachweisen

9) Vgl. dazu Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, durchgehend.

10) Daß auch die öffentliche Meinung für die Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung entscheidend sein kann, zeigte sich sehr eindrucksvoll in den USA, als das court packing Präsident Roosevelts an der öffentlichen Meinung scheiterte. Vgl. Loewenstein, AÖR 78, 260 ff. (270 ff.) und JÖR 4, 1 ff. (17 ff.)

Einfluß auf die Einhaltung der Verfassung zu erwarten war, blieb praktisch nur die richterliche Gewalt als möglicher Verfassungshüter.

Damit wird das aus der Bindung der Legislative fließende Gebot der Durchsetzung der Verfassung auch maßgebend für die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts. Im einzelnen wirkt sich dies wie folgt aus:

1. Zunächst einmal ist Art. 19 Abs. 4 GG so zu interpretieren, daß er auch gegen Rechtsverletzungen durch die Legislative den Rechtsweg eröffnet. Diese Interpretation wird von einer neuerdings sich mehr und mehr durchsetzenden Lehre [11] vertreten, die auch vom Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshof [12] übernommen wurde. Zum Teil wird diese Lehre aus dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 4 GG begründet [13]. Teilweise wird auf die in vielen Fällen bestehende Möglichkeit abgestellt, eine bestimmte Materie sowohl durch Verwaltungsakt, als auch durch Normen zu regeln, wodurch bei Unüberprüfbarkeit von Normen ein "Ausweichen" in die gesetzliche Regelung möglich werde [14]. Andererseits wird zur Begründung aber auch auf das vielleicht unlösbare Problem abgestellt, bestimmte Akte der öffentlichen Gewalt (z.B. Pläne) in die Kategorie der Verwaltungsakte oder der Normen einzuordnen [15]. Der letztlich entscheidende Gesichtspunkt, daß das Grundgesetz mit der verfassungsmäßigen Bindung der Legislative eine gerichtliche Kontrolle voraussetzt, klingt nur bei Dagtoglou [16] an.

Da Art. 19 Abs. 4 GG erst in letzter Linie die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte begründen will, seine Wirksamkeit also zunächst einmal in einer Erweiterung des schon bestehenden Zuständigkeitsbereichs der Gerichte entfaltet [17], ist zunächst zu untersuchen, inwieweit das in den §§ 90 ff. BVerfGG geregelte Institut der Verfassungsbeschwerde im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG ausgedehnt werden kann und muß. Als Ausgangspunkt ist festzuhalten, daß das BVerfGG die unmittelbar oder mittelbar gegen die Legislative gerichtete Verfassungsbeschwerde nur insoweit ausdrücklich regelt, als sie zur Nichtigerklärung einer Norm führt: Zwar würde der Wortlaut des § 90 BVerfGG auch die allgemeine Rüge eines durch

---

11) Vgl. z.B. Dagtoglou, Ersatzpflicht des Staates bei legislativem Unrecht?, S. 21 ff.; Bettermann, AÖR 86, 129 ff. (153 ff.); Bachof, AÖR 86, 186 ff.; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG, Randz. 18; vgl. im übrigen die ausführlichen Nachweise bei Dagtoglou, a.a.O., S. 22, Anm. 38

12) Beschl. v. 14.6.1961 (I-100/60), AÖR 86, 95 ff.

13) So z.B. Bettermann, a.a.O. und Dagtoglou, a.a.O.

14) So vor allem Maunz-Dürig, a.a.O.

15) So Bachof, VVdStRL 18, 209 f.

16) A.a.O., S. 24

17) Absolut herrschende Meinung. Vgl. Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 GG, Randz. 60 ff.

die Legislative verursachten verfassungswidrigen Zustandes decken. Doch stellen die §§ 92 und 95 BVerfGG auf Handlungen oder Unterlassungen von Behörden oder Organen ab, wobei - wie sich aus den §§ 93 Abs. 2 und 95 Abs. 3 BVerfGG ergibt - Verfassungsverletzungen durch die Legislative mit der Verfassungsbeschwerde gegen Handeln des Gesetzgebers zu rügen sind [18]. Kann ein verfassungswidriger Zustand nicht durch Kassation, sondern nur durch reformatorisches Tätigwerden beseitigt werden, so versagt also bei streng wörtlicher Auslegung die Verfassungsbeschwerde.

Bei teleologischer Auslegung, die die Forderungen des Art. 19 Abs. 4 GG mitberücksichtigt, muß zunächst gefragt werden, welche Gesichtspunkte die Schöpfer des BVerfGG zu einem Ausschluß der reinen Feststellungsentscheidung hätten veranlassen können: Hier ist zunächst an die Gefahr einer "Juridifizierung der Politik" [19] zu denken. Eine solche Gefahr entsteht durch die Erweiterung der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts um eine reine Feststellungsentscheidung aber nicht, da auch hier materiell nur auf Grund von Verfassungssätzen entschieden wird, die das politische Ermessen des Gesetzgebers schon von Verfassungs wegen einschränken. Der dem Gesetzgeber nach der Verfassung zustehende Ermessensbereich bleibt also unberührt. - Ein weiterer Grund zur Ablehnung der reinen Feststellungsentscheidung könnte darin gesehen werden, daß sie - anders als die Kassation - nicht unmittelbar einen verfassungsmäßigen Zustand herbeiführt, die Verfassungswidrigkeit vielmehr erst durch ein auf die Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung folgendes Tätigwerden des Gesetzgebers beseitigt wird. Die darin liegende Gefahr für eine Nichtbeachtung der Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung durch den Gesetzgeber und die daraus resultierende Gefahr für die Autorität und Stellung des Bundesverfassungsgerichts ist nicht zu gering zu bewerten. Andererseits muß aber berücksichtigt werden, daß die Vollstreckungsmöglichkeiten im verfassungsgerichtlichen Verfahren von vornherein beschränkt sind und daß eine letzte Vollstreckung fast immer unmöglich sein wird [20]. Besonders deutlich wird dies etwa beim Organstreit oder beim Bund-Länderstreit, wo der Spruch des Bundesverfassungsgerichts überhaupt nur in der Weise wirksam werden kann, daß sich die unterlegene Seite dem Spruch unterwirft. Ein Grund zu besonderen Befürchtungen für ein illoyales Verhalten der angesprochenen Organe gerade bei der Verfassungsbeschwerde besteht nicht. Deshalb ist nicht einzusehen, weshalb bei der Verfassungsbeschwerde eine reine Feststellungsentscheidung völlig ausgeschlossen sein soll.

---

18) So noch BVerfGE 1, 97 (100). Anders BVerfGE 6, 257 (264 ff.), wo angenommen wird, § 95 Abs. 1 BVerfGG regele auch Unterlassungen des Gesetzgebers.

19) Im Sinne von Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 22

20) Vgl. BVerfGE 6, 257 ff. (266)

Die Nichterwähnung einer Unterlassungs- oder Feststellungsentscheidung gegenüber der Legislative darf also nicht als Ausschluß einer solchen Entscheidungsmöglichkeit verstanden werden. Vielmehr muß man auch hier bedenken, daß die Väter des BVerfGG noch in den überkommenen Vorstellungen dachten und deshalb übersahen, den Rechtsschutz an den neuen Inhalt der Verfassung anzupassen, dem mit der Kassation allein nicht mehr volle Geltung verschafft werden kann. Bei dieser Sachlage ist aber der mit Art. 19 Abs. 4 GG konformen Auslegung umso mehr der Vorzug zu geben, als sie auch der in § 90 Abs. 2 BVerfGG niedergelegten Grundkonzeption der Verfassungsbeschwérde am ehesten entspricht.

Als Sanktion gegenüber einem durch die Legislative verursachten verfassungswidrigen Zustand ist also im Verfahren der Verfassungsbeschwerde neben der Nichtigerklärung grundsätzlich auch die Feststellung zulässig, daß ein verfassungswidriger Zustand bestehe. Bei der schon oben [21] beschriebenen Einheitlichkeit des Instituts der Verfassungsbeschwerde gilt dies sowohl für die unmittelbar, als auch für die mittelbar gegen den Gesetzgeber gerichtete Verfassungsbeschwerde. Die bei der mittelbar gegen den Gesetzgeber gerichteten Verfassungsbeschwerde auftauchenden Schwierigkeiten für das Ausgangsverfahren [22] sind innerhalb des Grundsatzes der Unmittelbarkeit bei der Abgrenzung zwischen Kassation und reiner Feststellungsentscheidung zu berücksichtigen.

2. Im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG (sog. konkrete Normenkontrolle) kann nach dem Wortlaut von Art. 100 Abs. 1 GG und § 80 BVerfGG nur die Frage der Gültigkeit einer Norm zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts gestellt werden. Als Sanktion bei Verfassungsverstößen ist nach § 82 Abs. 1 in Verb. m. § 78 BVerfGG ausschließlich die Nichtigerklärung vorgesehen. Ähnlich wie bei der Verfassungsbeschwerde kann aber nicht angenommen werden, daß hiermit eine reine Feststellungsentscheidung ausgeschlossen werden sollte. Bei der Konnexität zwischen der Verfassungsbeschwerde und dem Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG [23] müssen die Verfahrensvorschriften entsprechend dem aus dem Grundsatz der Bindungswirkung der Verfassung herzuleitenden Umfang der verfassungsgerichtlichen Kompetenz und entsprechend dem über die Konnexität indirekt maßgeblichen Art. 19 Abs. 4 GG so ausgelegt werden, daß auch für eine reine Feststellungsentscheidung Raum bleibt. Auch hier sind die Schwierigkeiten für das Ausgangsverfahren nur im Rahmen der Abwägung der Umstände zu berücksichtigen, die für die "Wahl" zwischen Nichtigerklärung und reiner Feststellungsentscheidung maßgebend sind.

---

21) S. 58 ff.

22) S. oben S. 57

23) S. oben S. 61

3. Da das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG (sog. abstrakte Normenkontrolle) rein abstrakt angelegt ist und somit nicht der Beseitigung von Rechtsverletzungen Einzelner zu dienen bestimmt ist, können für diese Verfahrensart aus Art. 19 Abs. 4 GG zunächst keine Schlüsse für den Umfang der Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts gezogen werden. Jedoch spricht auch hier die Aufgabe der Bindungswirkung der Verfassung gegenüber der Legislative für die Zulässigkeit der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG und in §§ 76 ff. BVerfGG nicht ausdrücklich vorgesehenen reinen Feststellungsentscheidung. Denn nicht mit der Kassation zu beseitigende Verfassungsverletzungen durch die Legislative müßten sonst ohne Sanktion bleiben, wenn sie nicht die Rechte Einzelner verletzen und deshalb auch nicht über die Verfassungsbeschwerde gerügt werden können. Ein entsprechender Antrag müßte als unzulässig verworfen werden, wodurch der verfassungswidrige Zustand zementiert werden würde. Ein weiteres Bedenken gegen den Ausschluß der reinen Feststellungsentscheidung leitet sich aus der Aufgabe des Verfahrens nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ab: Dieses Verfahren dient ausschließlich der Klarstellung des geltenden Rechts. Diese Aufgabe würde aber nur sehr unvollkommen erfüllt, wenn das Bundesverfassungsgericht in bestimmten Fällen mit dem Hinweis resignieren müßte, falls durch den verfassungswidrigen Zustand die Rechte Einzelner verletzt seien, könne ja die Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

Aus allen diesen Gründen ist eine reine Feststellungsentscheidung auch im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG zuzulassen.

Die Einwände des Eingriffs in die politische Freiheit des Gesetzgebers und der mangelnden Vollstreckbarkeit ziehen hier so wenig wie innerhalb des Verfassungsbeschwerde-Verfahrens. Auch sprechen die berechtigten Bedenken, die gegen eine präventive Normenkontrolle erhoben werden [24], nicht gegen die Zulässigkeit einer reinen Feststellungsentscheidung, da bei der reinen Feststellungsentscheidung nicht über einen geplanten, sondern über einen schon existenten Verfassungsverstoß entschieden wird.

Daher besteht auch im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG in Verb. m. §§ 76 ff. BVerfGG neben der Nichtigerklärung die Möglichkeit, die Verfassungswidrigkeit eines Zustandes festzustellen.

4. Im Verfahren nach Art. 100 Abs. 3 GG in Verb. m. § 85 BVerfGG ist schon nach dem Wortlaut der Verfahrensbestimmungen nicht einzusehen, weshalb die "Rechtsfrage" nur in der Vereinbarkeit einer Norm mit der Verfassung und nicht auch in der Verfassungsmäßigkeit eines Zustandes bestehen können soll.

---

24) Vgl. dazu ausführlich BVerfGE 1, 396 ff. und 11, 339 (342)

5. Im Verfahren nach Art. 99 in Verb. m. §§ 73 ff. BVerfGG schließlich richtet sich die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts in erster Linie nach dem die Verweisung an das Bundesverfassungsgericht aussprechenden Landesrecht. Auch hier ist eine reine Feststellungsentscheidung nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

III. Ist somit die reine Feststellungsentscheidung bei der abstrakten Rechtskontrolle generell zulässig, so erhebt sich nun die Frage nach der Abgrenzung dieser Entscheidungsform von der Kassation.

Dabei muß davon ausgegangen werden, daß die reine Feststellungsentscheidung überall dort nicht zum Zuge kommen kann, wo das BVerfGG zwingend die Kassation vorschreibt. Es ist also zu prüfen, ob bzw. inwieweit das BVerfGG Raum läßt für eine andere Entscheidung als die Kassation. Dieser freie Raum ist mit der reinen Feststellungsentscheidung auszufüllen. Entsprechend den oben [25] dargestellten Grundsätzen muß dabei folgendermaßen vorgegangen werden:

1. Zunächst ist zu fragen, ob die nach einer etwaigen Kassation geltende Regelung der Verfassung entsprechen würde. Würde die Kassation eine Regelung in Kraft setzen, die den gleichen Verfassungsverstoß enthält wie die kassierte Vorschrift, so käme als verfassungsgerichtliche Sanktion überhaupt nur eine reine Feststellungsentscheidung in Betracht. Bei Verstößen etwa gegen Art. 21 Abs. 3 GG oder gegen den Grundsatz der angemessenen Beamtenbesoldung (Art. 33 Abs. 5 GG) kann daher in aller Regel nur festgestellt werden, daß bezüglich der konkreten gesetzlichen Regelung ein verfassungswidriger Zustand bestehe.

2. Ist die Kassation nicht danach von vornherein ausgeschlossen, so muß geprüft werden, inwieweit die Ziele, die das BVerfGG mit der Kassation verfolgt, mit anderen Grundsätzen - insbesondere mit dem Prinzip der Rechtssicherheit - vereinbar sind. Dabei sind die nach Art, Umfang und Gestaltungswirkung verschiedenen Möglichkeiten der Kassation und die reine Feststellungsentscheidung einander gegenüberzustellen. Bei dieser Gegenüberstellung ist festzustellen, inwieweit den nach dem BVerfGG bzw. unmittelbar nach der Verfassung zu beachtenden und sich teilweise widerstreitenden Grundsätzen bei der einzelnen Entscheidungsform Rechnung getragen wird. Unter Berücksichtigung des Gewichts und des Rangverhältnisses der einzelnen Prinzipien zueinander muß dann durch Abwägung die optimale Entscheidungsmöglichkeit ausgewählt werden. Dabei sind vor allem die Prinzipien der unmittelbaren Verfassungsvollziehung durch das Bundesverfassungsgericht, der Gewaltenteilung und der Rechtssicherheit zueinan-

---

25) S. 62 ff.

der in Beziehung zu setzen, wobei dem erstgenannten Grundsatz nach der Regelung des BVerfGG besonderes Gewicht beizulegen ist [26].

3. In besonders gelagerten Ausnahmefällen kann die Abwägung sogar zur Wahl einer Art Kombination zwischen Kassation und reiner Feststellung in einer Entscheidung führen. Ein solcher Ausnahmefall würde etwa vorliegen, wenn eine bestimmte Beamtenkategorie entgegen Art. 33 Abs. 5 GG mit weniger als dem angemessenen Lebensunterhalt besoldet würde und einer kleinen Untergruppe dieser Beamtenkategorie durch Ausnahmeregelung ohne zureichende Gründe sogar noch weniger als die allgemein schon zureichende Besoldung zugewendet werden würde: Hier wäre wohl die Ausnahmeregelung für die Untergruppe zu kassieren, wodurch die allgemeine Regelung auch auf sie erstreckt würde. Im übrigen wäre aber noch festzustellen, daß bezüglich der konkreten Besoldungsregelung ein mit Art. 33 Abs. 5 GG nicht zu vereinbarender Zustand bestehe.

IV. Der Antragsteller im verfassungsgerichtlichen Verfahren wird nicht mit dem Risiko belastet, das Ergebnis dieser in Einzelfällen schwierigen Abwägung richtig voraussehen und in seinem Antrag berücksichtigen zu müssen. Denn dem Antragsteller ist zugute zu halten, daß die Abwägung vor allem im Hinblick auf die Bedeutung der Bundesverfassungsgerichts-Entscheidung für die objektive Rechtsordnung vorgenommen wird. Dementsprechend muß auch das öffentliche Interesse an der Klärung der verfassungsrechtlichen Frage bei der Antragstellung berücksichtigt werden: Anders als im Zivil- und Verwaltungsprozeß wird bei der abstrakten Rechtskontrolle das Verfahren nicht durch den Antrag bestimmt und begrenzt. Der Antrag ist vielmehr nur als Anstoß für das Verfahren anzusehen. Dies äußert sich im BVerfGG in den Bestimmungen der §§ 78 S. 2 und 95 Abs. 3 S. 2, sowie auch in dem Grundsatz, daß die Rücknahme des Antrags u. U. ohne Einfluß auf den Fortgang des Verfahrens ist [27]. Unter Berücksichtigung dieser Eigenart der abstrakten Rechtskontrolle muß es genügen, daß das Ziel des Antragstellers in etwa aus dem Antrag ersichtlich ist. Es wird daher ausreichen, wenn der Antragsteller einen bestimmten verfassungswidrigen Zustand rügt [28]. Ähnlich wird auf den Antrag eine Norm zu kassieren, auch eine reine Feststellungsentscheidung ergehen können [29], und umgekehrt wird auch der Antrag, die Verfassungswidrig-

---

26) Vgl. zu der Abwägung im einzelnen oben S. 64 ff.

27) So für das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG: BVerfGE 1, 396 (414). Vgl. auch BVerfGE 8, 183 f.

28) So für die Verfassungsbeschwerde: BVerfGE 7, 111 (114 f.), zust. Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, S. 54.

29) Vgl. dazu z.B. BVerfGE 8, 1 (9 ff.), wo der Antrag auf Nichtigerklärung in den Antrag auf Feststellung eines gesetzgeberischen Unterlassens umgedeutet wird.

keit eines Zustandes festzustellen, eine Kassation nicht ausschließen.

Bei der unmittelbar gegen den Gesetzgeber gerichteten Verfassungsbeschwerde muß die Einjahresfrist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde [30] einheitlich von der Entstehung des verfassungswidrigen Zustandes an berechnet werden [31]. Auch hier kann nicht zwischen Handeln und Unterlassen des Gesetzgebers unterschieden werden. Entsprechend dem Zweck des § 93 Abs. 1 BVerfGG, dem Rechtsfrieden und der Rechtsklarheit zu dienen, muß die Einjahresfrist einheitlich für alle unmittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerden laufen. Daß eine Differenzierung innerhalb der Verfassungsbeschwerden einer Umgehung der Vorschrift Tür und Tor öffnen würde, zeigt die in BVerfGE 11, 255 ff. erhobene Rüge der unterlassenen Abstimmung vorkonstitutionellen Rechts mit der Verfassung, die nicht mit überzeugenden Gründen zurückgewiesen werden konnte. [32]

Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, daß der Verfassungsgesetzgeber bei Regelungsaufträgen häufig eine gewisse Zeit zur Regelung der betreffenden Materie zugesteht [33] und daß ein verfassungswidriger Zustand erst nach fruchtlosem Ablauf dieser Zeit eintritt, so daß die Einjahresfrist also erst erhebliche Zeit nach Ergehen des Regelungsauftrags zu laufen beginnt.

V. Zusammenfassend kann also gesagt werden, daß sich die herkömmliche "abstrakte Normenkontrolle" zu einer "abstrakten Rechtskontrolle" in dem Sinne entwickelt hat, daß die verfassungsgerichtliche Prüfung nicht mehr auf die Frage der Rechtswidrigkeit einer Norm beschränkt ist, sondern weit darüber hinausgehend alle von der Legislative verursachten Rechtswidrigkeiten umfaßt.

---

30) Vgl. § 93 Abs. 2 BVerfGG

31) Das BVerfG läßt die Verfassungsbeschwerde gegen Unterlassen des Gesetzgebers unbefristet zu. Vgl. E 6, 257 (266) und E 11, 255 (261)

32) Vgl. oben S. 52 f.

33) Vgl. z.B. BVerfGE 6, 257 (264 f.); 8, 210 (216); 15, 337 (350 ff.)

SCHLUSSWORT

Mit der Zulassung einer reinen Feststellungsentscheidung scheint sich diese Arbeit von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts weit zu entfernen. Daß die Widersprüche zur Judikatur aber zumindest innerhalb der Verfassungsbeschwerde mehr in der dogmatischen Begründung und der aus ihr fließenden Terminologie liegen, als im praktischen Ergebnis, wird aus der Entscheidung BVerfGE 6, 257 (265 f.) [1] deutlich, auf die die späteren "Unterlassungsentscheidungen" zurückgehen. Dort wird ausgesprochen, daß die nichtkassatorische Entscheidung den Weg offen lasse, den der Gesetzgeber zur Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes einzuschlagen habe. Der Gesetzgeber soll also nicht darauf beschränkt sein, die festgestellte "Unterlassung" zu beseitigen. Dadurch erhält die Unterlassungsentscheidung aber praktisch die Funktion einer reinen Feststellungsentscheidung der hier vorgeschlagenen Art. Auch hinsichtlich der Abwägung zum Zwecke der "Auswahl" der vom Bundesverfassungsgericht zu treffenden Entscheidung unterscheidet sich die Judikatur eher durch die mehr auf den Einzelfall abgestellte Begründung, als dem Grundsätzlichen nach.

Größer erscheinen die Differenzen zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich des Vorlageverfahrens nach Art. 100 Abs. 1 GG ("konkrete Normenkontrolle"). Das Bundesverfassungsgericht läßt in dieser Verfahrensart eine Unterlassungsentscheidung nicht zu [2]. Nachdem aber neuestens in der Entscheidung vom 6.11.1962 [3] der Unterlassungsentscheidung auch bei der mittelbar gegen die Legislative gerichteten Verfassungsbeschwerde Raum gegeben wird, ist es nur noch ein kleiner Schritt zu ihrer Zulassung auch im Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG.

Zur Zulässigkeit einer Unterlassungs- bzw. reinen Feststellungsentscheidung im Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG ("abstrakte Normenkontrolle") und in den übrigen Verfahrensarten der abstrakten Rechtskontrolle hat das Bundesverfassungsgericht bisher nicht Stellung genommen.

Hier und allgemein der reinen Feststellungsentscheidung einen festen und festumgrenzten Platz zu verschaffen, das möchte der Beitrag dieser Arbeit sein.

---

1) Vgl. auch BVerfGE 8, 1 (9 f.)
2) Vgl. BVerfGE 8, 28 ff. und 14, 308 (311)
3) BVerfGE 15, 46 (59 ff.; vgl. auch 75 ff.).

L E B E N S L A U F

Am 23. Januar 1935 wurde ich, W e r n e r Heinz Knauss, in Stuttgart geboren. Meine Eltern sind der Steuerrat Alfred Knauss und seine Ehefrau Gertrud, geborene Kübler.

Von 1941 bis 1945 besuchte ich in Stuttgart und Reutlingen die Volksschule. Im Jahre 1945 trat ich in das Johannes-Kepler-Gymnasium in Reutlingen ein, an dem ich am 10. März 1954 das Abitur ablegte.

Beginnend mit dem Sommersemester 1954 studierte ich die Rechtswissenschaften. Die ersten drei Semester war ich an der Universität Tübingen eingeschrieben. Anschließend studierte ich je ein Semester an den Universitäten München und Heidelberg. Die letzten vier Semester verbrachte ich an der Universität Tübingen. Am 10. Dezember 1958 bestand ich in Tübingen die Erste juristische Staatsprüfung.

Im Anschluß daran trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Baden-Württemberg ein. Nach mehreren Unterbrechungen des Vorbereitungsdienstes durch wissenschaftlichen Urlaub bestand ich am 14. Januar 1964 vor dem Landesjustizprüfungsamt Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.